الدَّعْوى القَضَائِيَّة

بَيْنَ الشَّرِيعَةِ وَالأَنْظِمَةِ الوَضْعِيَّةِ

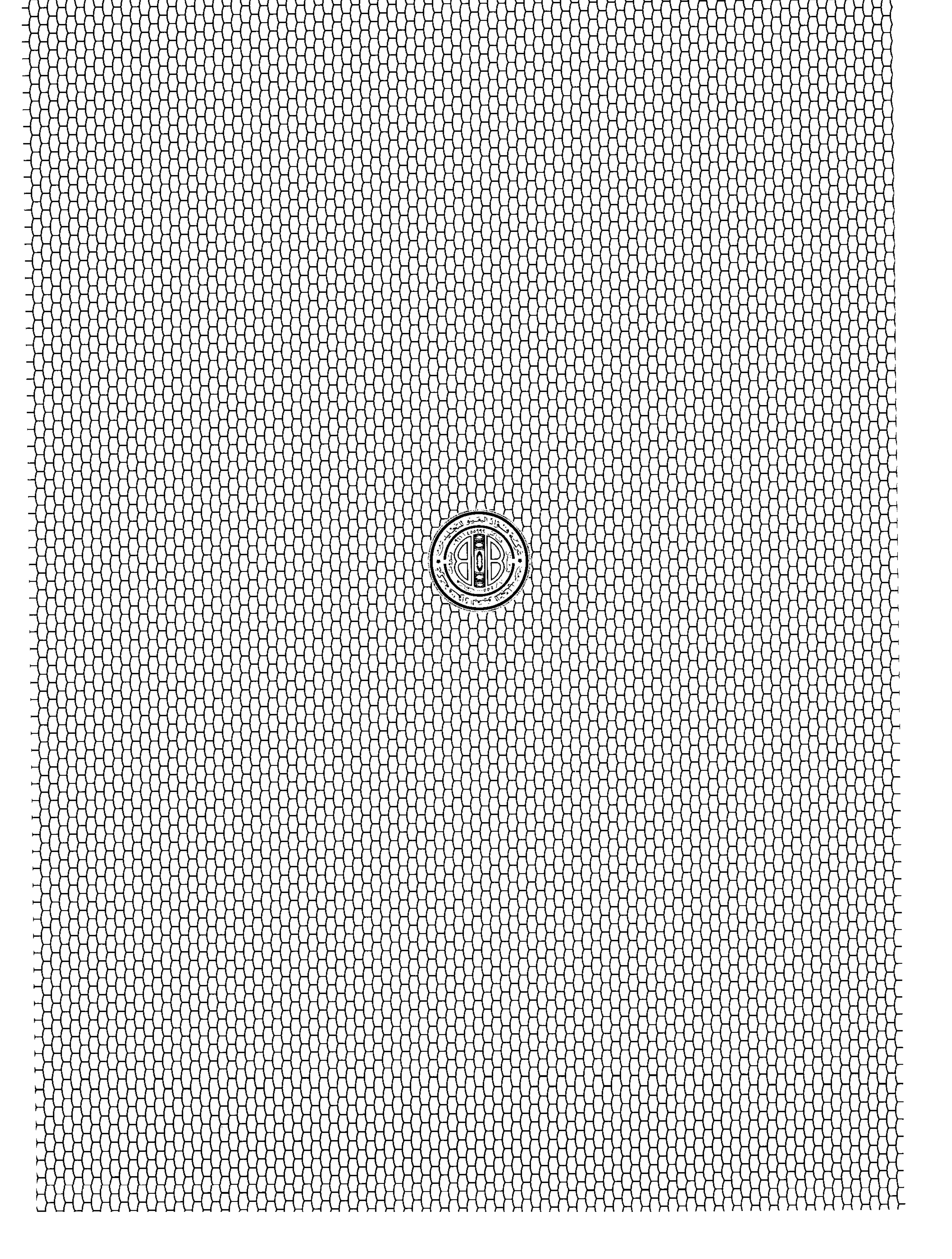


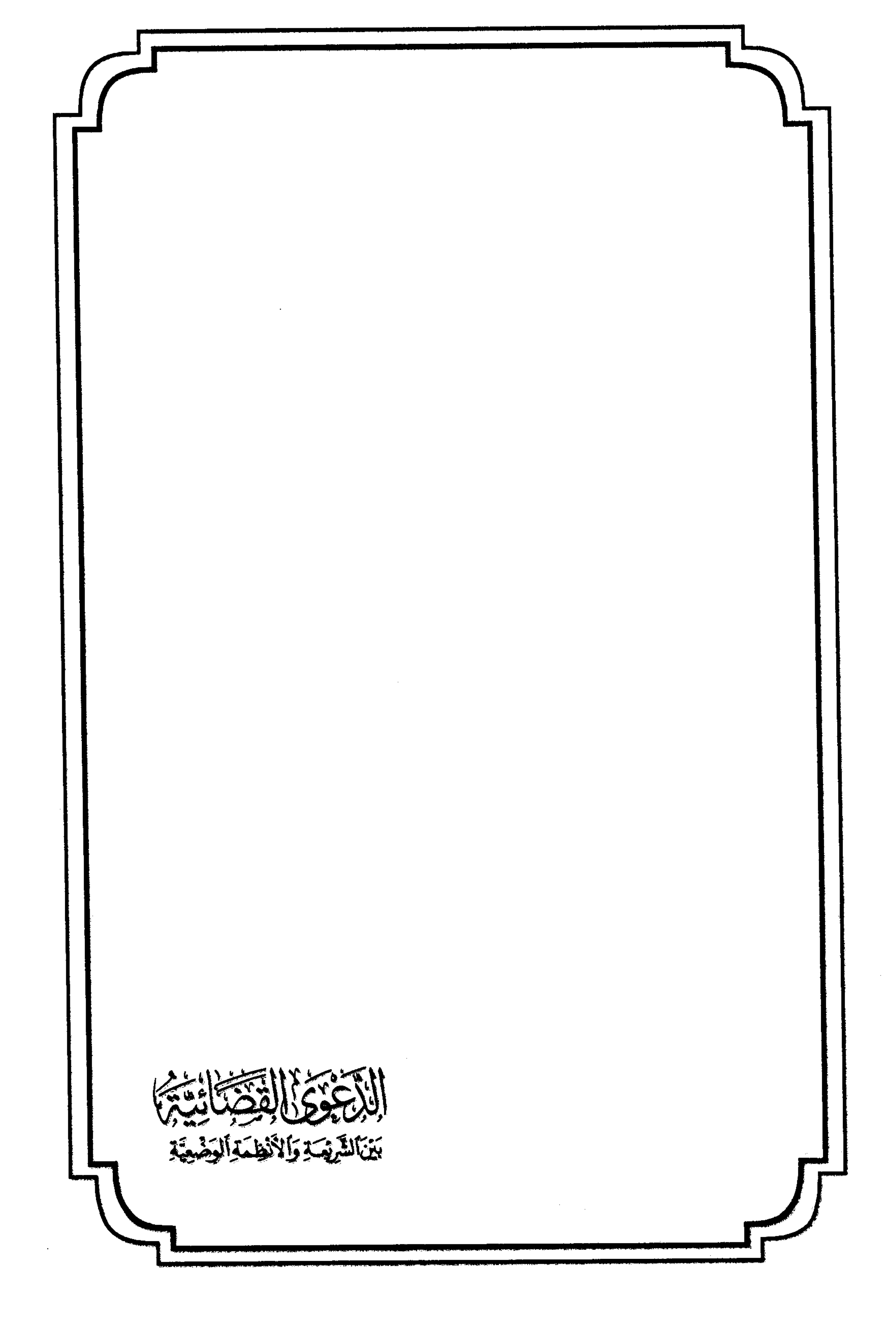
إعداد

سليمان بن أحمد العليوي

مكتبة

التَّوْبَة




الدعوى القضائية
بين الشريعة والأنظمة الوضعية

ⓒ سليمان أحمد العليوي، ١٤٣٣هـ

فهرسة مكتبة الملك فهد الوطنية أثناء النشر

العليوي، سليمان أحمد

الدعوى القضائية بين الشريعة والأنظمة الوضعية. / سليمان أحمد العليوي.

- الرياض، ١٤٣٣هـ

٤٥٠ص؛ .. سم.

ردمك: ٩٧٨-٦٠٣-٠٠-٩٤٧١-١

١ ـ القضاء في الإسلام ٢ ـ الدعوى (فقه إسلامي)، أ - العنوان

ديوي ٢٥٧,٥ ١٤٣٣/٢٢٧١

رقم الإيداع: ١٤٣٣/٢٢٧١

ردمك: ٩٧٨-٦٠٣-٠٠-٩٤٧١-١

الطبعة الأولى

١٤٣٣هـ - ٢٠١٢م

مكتبة التوبة

شارع جرير - الرياض - المملكة العربية السعودية

هاتف ٤٧٦٣٤٢١ - فكس ٤٧٧٤٨٦٢

الرياض ١١٤١٥ - ص.ب ١٨٢٩٠

الدعوى القضائية

بين الشريعة والأنظمة الوضعية

إعداد

سليمان بن أحمد العليوي

مكتبة

التوبة



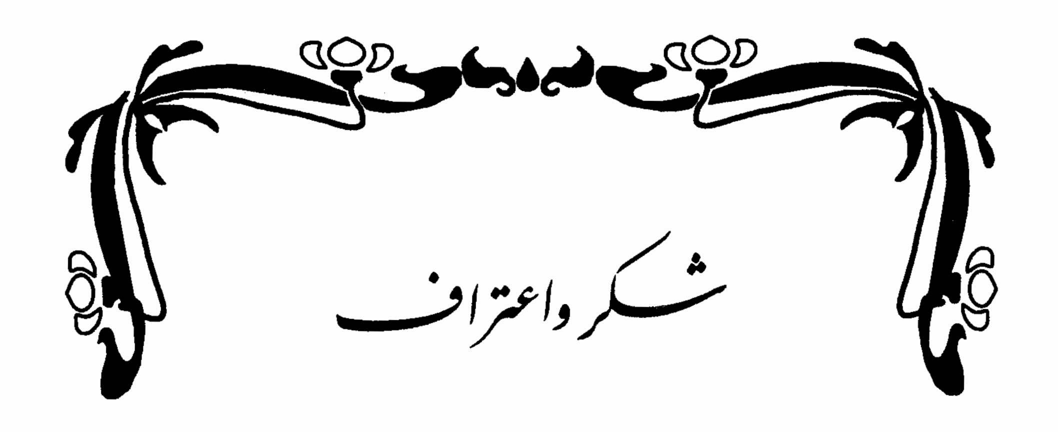
أصلها:

رسالة مقدمة لنيل درجة الماجستير في الفقه المقارن

إشـراف

الدكتور بدران أبو العينين بدران

رئيس الفقه المقارن بالمعهد العالي للقضاء



في مطلع هذه الرسالة لا يسعني إلا أن أسجل اعترافي بالفضل والجميل والشكر الوفير لفضيلة الاستاذ الدكتور بدران أبو العينين بدران رئيس قسم الفقه المقارن بالمعهد العالي للقضاء بجامعة الإمام محمد بن سعود الإسلامية بالرياض والمشرف على هذه الرسالة، هذا الذي غمرني بأفضاله علي حيث عاش معي الليالي الطوال في إعداد هذا البحث وإظهاره بهذا المظهر ولما استفدته منه من توجيه وإرشاد، فما تضايق مني يوماً مع أني كنت أفاجئه الزيارة لصالح البحث في المكتب والمنزل فلا أملك إلا الدعاء له من الله سبحانه بطول العمر وجزيل الثواب على ما قدمه لي من خدمة علمية أنا مدين بها طيلة حياتي، قال تعالى: ﴿إِنَّ ٱللَّهَ لَا يُضِيعُ أَجْرَ ٱلْمُحْسِنِينَ﴾[1].

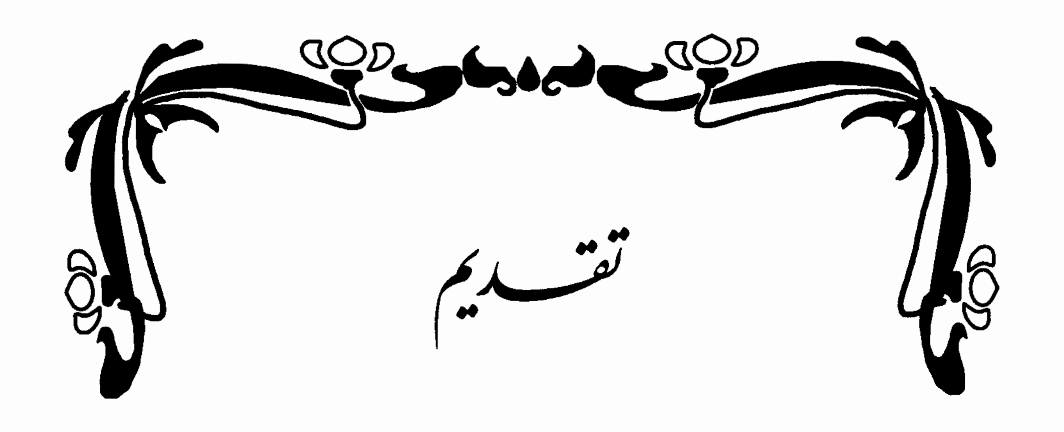
وقال الشاعر:

من يفعل الخير لا يعدم جوازيه   لا يذهب العرف بين الله والناس

كما لا يفوتني أن أنوه بالشكر والتقدير إلى كل من ساهم في مساعدتي وتوجيهي في إعداد هذا البحث اعترافاً بفضلهم جميعاً.

❑ ❑ ❑ ❑ ❑ ❑

(١) التوبة: ١٢٠.



تقديم

الحمد لله القائل: ﴿وَأَنِ احْكُم بَيْنَهُم بِمَا أَنزَلَ اللَّهُ وَلَا تَتَّبِعْ أَهْوَاءَهُمْ وَاحْذَرْهُمْ أَن يَفْتِنُوكَ عَنْ بَعْضِ مَا أَنزَلَ اللَّهُ إِلَيْكَ فَإِن تَوَلَّوْا فَاعْلَمْ أَنَّمَا يُرِيدُ اللَّهُ أَن يُصِيبَهُم بِبَعْضِ ذُنُوبِهِمْ وَإِنَّ كَثِيرًا مِّنَ النَّاسِ لَفَاسِقُونَ ﴿٤٩﴾﴾[١].

وأصلي وأسلم على رسولنا القائل: «**لو يعطى الناس بدعواهم لادعى ناس دماء رجال وأموالهم**»[٢].

وبعد:

فلما كان لزاماً عليَّ أن أقدم بحثاً لنيل درجة الماجستير من المعهد العالي للقضاء رأيت أن أكتب في الدعوى القضائية لا لكون هذا الموضوع لم يكتب فيه، ولكن أحببت أن أبرزه أمام أولئك المغترين بحضارة الغرب الزائفة حيث طبقوا ما عندهم في هذا الموضوع في بلادنا الإسلامية دون دراسة وفهم لما عندنا، وهذا تحقيق لقول رسولنا ﷺ: «**لتتبعن سنن من كان قبلكم حذو القذة بالقذة، حتى لو دخلوا جحر ضب لدخلتموه**، قالوا: يا رسول الله اليهود والنصارى؟ قال: **فمن**»[٣]. وها نحن اليوم حاكيناهم في كل شيء.

---

(١) المائدة: ٤٩.

(٢) رواه البخاري ومسلم وغيرهما. عن نصب الراية ٤/٣٩٠.

(٣) صحيح البخاري ١٢٦/٩.

ولئن هذا الموضوع له علاقة قوية في علم القضاء، والقضاء في الدول الإسلامية قائم على النظم الغربية فكتبت تمهيداً عن القضاء عند المسلمين وأهميته لديهم وذلك لارتباطه بالدعوى ارتباطاً وثيقاً فلا دعوى بدون قضاء ولا قضاء بلا دعوى.

❑ ❑ ❑ ❑ ❑ ❑



منهج البحث

سنتناول مواضيع البحث بالمناقشة والمقارنة والتحليل على ضوء الآراء الفقهية والنصوص الشرعية، ثم ترجيح ما نراه راجحاً من أقوال الفقهاء، وذلك بعرض الآراء أولاً ثم اختصارها إلى أقل ما يمكن إن أمكن، ثم بعد ذلك الاستدلال للآراء المرجوحة ومناقشة أدلتها ثم الاستدلال للرأي الراجح والإتيان بالاعتراضات إن وجدت فالجواب عنها ثم الترجيح.

على أننا استخدمنا طريقة لإثبات صاحب الرأي لرأيه وهي إتيان نص من كتب مذهبه المشهور ما أمكن ذلك، ثم بعد ذلك الإتيان برأي القانون في المسألة فمناقشته مع رأي الفقه الإسلامي وبيان الاتفاق والاختلاف إن وجد، وأخيراً نتطرق لمشروع نظام المرافعات السعودي إذا كان له قول في المسألة.

وسلكت في بحثي طريقة الاستفادة من كتب الفقه القديمة والحديثة ولم أتوقف عند القديم ولا الاكتفاء بالثقافة الحديثة، كما لا يفوتني أن أبين أنني اطلعت على الكثير من الكتب القانونية الوضعية وما كان له صلة في بحثنا أشرنا إليه وما فاتني الاطلاع على القوانين والأنظمة في هذا الموضوع في المملكة العربية السعودية أشرت إلى ما له صلة في موضوعنا في محله، ولذا فإن الحكمة ضالة المؤمن أنّى وجدها أخذها.



خطة البحث

سنجعل البحث من باب تمهيدي وبابين آخرين.

الباب التمهيدي: في القضاء، وفيه فصول:

الفصل الأول: وفيه مباحث:

المبحث الأول: في تعريف القضاء لغة وشرعاً.

المبحث الثاني: في مشروعية القضاء.

المبحث الثالث: في الحكمة من القضاء.

المبحث الرابع: في الفرق بين القاضي والمفتي والفقيه.

المبحث الخامس: في نبذة مختصرة عن تاريخ القضاء في عصوره المختلفة قبل الإسلام.

الفصل الثاني: في المراحل التي مر بها القضاء في الإسلام، وفيه مباحث:

المبحث الأول: في القضاء في عهد الرسول ﷺ.

المبحث الثاني: في القضاء في عهد الخلفاء الراشدين.

المبحث الثالث: في القضاء في عهد الأمويين.

المبحث الرابع: في القضاء في عهد العباسيين ومن بعدهم.

المبحث الخامس: في ظهور تعدد الجهات القضائية في مصر إلى أن تم القضاء عليها.

المبحث السادس: الوضع في المملكة العربية السعودية.

الباب الأول: **في ماهية الدعوى وسببها**، وفيه فصول:

الفصل الأول: وفيه مباحث:

المبحث الأول: في تعريف الدعوى لغة وشرعاً.

المبحث الثاني: في تعريف الخصومة لغة واصطلاحاً.

المبحث الثالث: في الفرق بين الدعوى والخصومة.

المبحث الرابع: في صلة الدعوى بالحق.

المبحث الخامس: في سبب الدعوى.

الفصل الثاني: **في أركان الدعوى**، وفيه مباحث:

المبحث الأول: في تعريف المدعي والمدعى عليه.

المبحث الثاني: في شروط الركن الأول والثاني (المدعي والمدعى عليه).

المبحث الثالث: في شروط الركن الثالث (صيغة الدعوى).

المبحث الرابع: في شروط الركن الرابع (المدعى به).

الفصل الثالث: **في أقسام الدعوة**، وفيه مبحثان:

المبحث الأول: في أقسام الدعوى من حيث الصحة وعدمها.

المبحث الثاني: في أقسام الدعوى باعتبار الشيء المدعى به.

الفصل الرابع: **في الحيازة والتقادم**، وفيه مبحثان:

المبحث الأول: في تعريف الحيازة وأقوال الفقهاء فيها.

المبحث الثاني: في أقسام الحيازة في الفقه الإسلامي.

الباب الثاني: **في الآثار المترتبة على رفع الدعوى،** وفيه فصول:

الفصل الأول: وفيه مبحثان:

المبحث الأول: في حضور الخصوم وغيابهم.

المبحث الثاني: في نظر القاضي للدعوى.

الفصل الثاني: **في جواب الدعوى،** وفيه مبحثان:

المبحث الأول: أوجه الجواب المختلفة.

المبحث الثاني: في الخلاف في الشاهد واليمين كطريق من طرق القضاء.

الفصل الثالث: **في الحكم.**

وأخيراً، **خاتمة البحث ومقترحاته.**

❑ ❑ ❑ ❑ ❑ ❑

باب تمهيدي في القضاء

وفيه فصلان:

الفصل الأول: وفيه مباحث:

المبحث الأول: في تعريف القضاء لغة وشرعاً.

المبحث الثاني: في مشروعية القضاء وحكمه.

المبحث الثالث: في الحكمة من القضاء.

المبحث الرابع: في الفرق بين القاضي والمفتي والفقيه.

المبحث الخامس: في نبذة مختصرة عن تاريخ القضاء في عصوره المختلفة قبل الإسلام وبعده.

الفصل الثاني: في المراحل التي مر بها القضاء في الإسلام، وفيه مباحث:

المبحث الأول: في القضاء في عهد الرسول ﷺ.

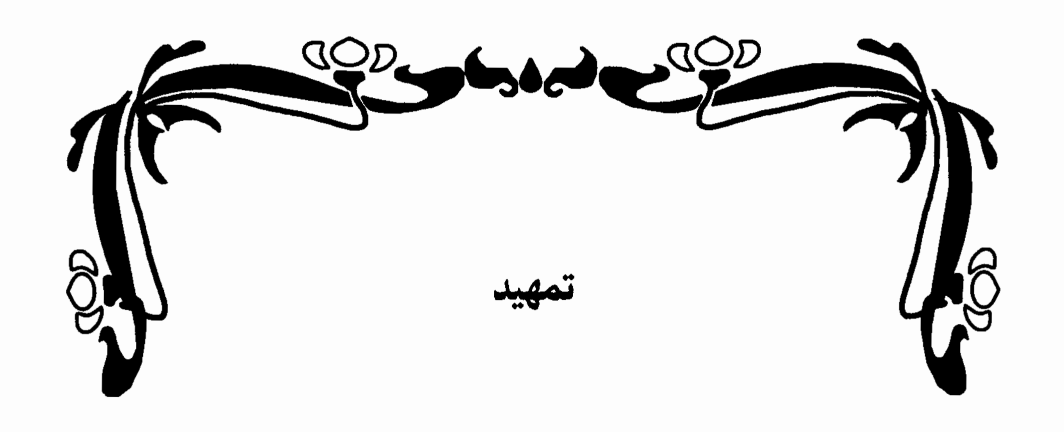
المبحث الثاني: في القضاء في عهد الخلفاء الراشدين.

المبحث الثالث: في القضاء في عهد الأمويين.

المبحث الرابع: في القضاء في عهد العباسيين ومن بعدهم.

المبحث الخامس: في ظهور تعدد الجهات القضائية في مصر إلى أن تم القضاء عليها.

المبحث السادس: الوضع في المملكة العربية السعودية.



تمهيد

لما كان القضاء له صلة وثيقة بالدعوى التي هي محل البحث رأيت أن أصدر به رسالتي هذه، ذلك أن الدعوى لا تعتبر إلا إذا كانت أمام قاضٍ، وإن أغلب عمل القاضي هو الفصل في الخصومة ولن أسهب في الكلام عن القضاء فهو موضوع رسالة ولكني سأتطرق إلى ما أرى أن له شأناً في الدعوى، والمواضيع التي سأتكلم عنها هي:

١ ـ تعريف القضاء لغة وشرعاً.

٢ ـ مشروعية القضاء وحكمه.

٣ ـ الحكمة من القضاء.

٤ ـ الفرق بين القاضي والمفتي والفقيه.

٥ ـ نبذة مختصرة عن تاريخ القضاء في عصوره المختلفة قبل الإسلام وبعده.



المبحث الأول
تعريف القضاء لغة وشرعاً

القضاء لغة:

جاء هذا اللفظ في كتب الصحاح لمعان متعددة:

١ - يأتي بمعنى الحكم، ومنه قوله تعالى: ﴿وَقَضَىٰ رَبُّكَ أَلَّا تَعْبُدُوٓا۟ إِلَّآ إِيَّاهُ﴾[١] أي: حكم.

٢ - ويأتي بمعنى الفصل في الحكم، ومنه قوله تعالى: ﴿وَلَوْلَا كَلِمَةٌ سَبَقَتْ مِن رَّبِّكَ إِلَىٰٓ أَجَلٍ مُّسَمًّى لَّقُضِىَ بَيْنَهُمْ﴾[٢] أي: لفصل الحكم بينهم، ومنه فصل القاضي بين الخصوم أي: قطع بينهم في الحكم.

٣ - ويأتي بمعنى الصنع والتقدير، يقال: قضى الشيء قضاء إذا صنعه وقدره، ومنه قوله تعالى: ﴿فَقَضَىٰهُنَّ سَبْعَ سَمَٰوَاتٍ فِى يَوْمَيْنِ﴾[٣] أي: خلقهم وعملهن وصنعهن وقدرهن وأحكم خلقهن.

٤ - ويأتي بمعنى القضاء والقدر، بمعنى أنهما أمران متلازمان لا ينفك أحدهما عن الآخر لأن أحدهما: بمنزلة الأساس وهو القدر، والآخر: بمنزلة البناء وهو القضاء، ومنه قول ذؤيب:

وعليها مسرودتان قضاهما ... داود أو صنع السوابغ تبع

٥ - ويأتي بمعنى الحتم والأمر والإتمام، ومنه قوله تعالى: ﴿هُوَ

---

(١) الإسراء: ٢٣.

(٢) الشورى: ١٤.

(٣) فصلت: ١٢.

﴿ٱلَّذِى خَلَقَكُم مِّن طِينٖ ثُمَّ قَضَىٰٓ أَجَلٗاۖ وَأَجَلٞ مُّسَمًّى﴾[1] أي: حتم بذلك وأمر به وأتمه.

٦ ـ ويأتي بمعنى البيان، ومنه قوله تعالى: ﴿مِن قَبۡلِ أَن يُقۡضَىٰٓ إِلَيۡكَ وَحۡيُهُۥۖ وَقُل رَّبِّ زِدۡنِي عِلۡمٗا﴾[2] أي: يبين لك بيانه.

٧ ـ ويأتي بمعنى الأداء، ومنه قوله تعالى: ﴿فَإِذَا قَضَيۡتُم مَّنَٰسِكَكُمۡ﴾[3] أي: أديتم الصلاة.

٨ ـ ويأتي بمعنى الإتقان، ومنه قوله تعالى: ﴿فَٱقۡضِ مَآ أَنتَ قَاضٍۖ﴾[4]، ويأتي بمعنى الهلاك، ومنه قوله تعالى: ﴿يَٰلَيۡتَهَا كَانَتِ ٱلۡقَاضِيَةَ ٢٧﴾[5]، والقضاء بالمد والقصر، يقال: قضى يقضي قضاء فهو قاض إذا حكم وفصل، وقضاء الشيء إحكامه وإمضاؤه والفراغ والانتهاء منه.

القاضي معناه: الفاصل للأمور والقاطع لها والمحكم فيها.

جاء في لسان العرب قال: القاضي معناه في اللغة: القاطع للأمور المحكم لها[6].

قال أبو إسحاق: القضاء في اللغة على ضروب كلها ترجع إلى معنى انقطاع الشيء وإتمامه.

وقال الزهري: القضاء في الفقه على وجوه مرجعها إلى انقطاع الشيء وتمامه[7].

---

(١) الأنعام: ٢.
(٢) طه: ١١٤.
(٣) البقرة: ٢٠٠.
(٤) طه: ٧٢.
(٥) الحاقة: ٢٧.
(٦) لسان العرب لابن منظور ١١١/٣.
(٧) ينظر فيما سبق كتاب: لسان العرب لابن منظور ١١٢/٣، تاج العروس للإمام محمد مرتضى الزبيدي ٢٩٦/١٠، والصحاح في اللغة والعلوم للإمام الجوهري ٣١٧/٢، وقاموس المحيط للفيروزآبادي ٣٧٨/٤.

القضاء في اصطلاح الفقهاء:

هو الفصل بين الناس في الخصومات حسماً للتداعي وقطعاً للنزاع بالأدلة الشرعية.

وهذا التعريف شامل تندرج فيه جميع الولايات الخاصة التي يشملها القضاء وتكون جزءاً منه، كما أنه يمنع دخول الولايات الأخرى التي لا تختص بالقضاء ولا تندرج تحته، كما منع من دخول الفتيا لأنها ليست للفصل الملزم للخصومات ولكنها لبيان حكم الشرع في الواقعة المستفتى فيها على جهة العموم والشمول[1].

❋ ❋ ❋

المبحث الثاني
مشروعية القضاء وحكمه

الأصل في مشروعية القضاء الكتاب والسنة والإجماع والمعقول، فمن الكتاب قوله تعالى: ﴿۞ إِنَّ ٱللَّهَ يَأْمُرُكُمْ أَن تُؤَدُّوا۟ ٱلْأَمَـٰنَـٰتِ إِلَىٰٓ أَهْلِهَا وَإِذَا حَكَمْتُم بَيْنَ ٱلنَّاسِ أَن تَحْكُمُوا۟ بِٱلْعَدْلِ ۚ إِنَّ ٱللَّهَ نِعِمَّا يَعِظُكُم بِهِۦٓ ۗ إِنَّ ٱللَّهَ كَانَ سَمِيعًۢا بَصِيرًا ﴿٥٨﴾﴾[2].

وقوله تعالى: ﴿فَلَا وَرَبِّكَ لَا يُؤْمِنُونَ حَتَّىٰ يُحَكِّمُوكَ فِيمَا شَجَرَ بَيْنَهُمْ ثُمَّ لَا يَجِدُوا۟ فِىٓ أَنفُسِهِمْ حَرَجًا مِّمَّا قَضَيْتَ وَيُسَلِّمُوا۟ تَسْلِيمًا ﴿٦٥﴾﴾[3].

---

(١) القضاء في الإسلام تاريخه ونظامه، إبراهيم نجيب عوض ٧/١، وعند الحكم ذكرنا تعاريف المذاهب كاملة، وأما القضاء كصفة في القاضي فهو صفة حكمية توجيه لموصوفها نفوذ حكمه الشرعي ولو بتعديل أو تجريح لا في عموم مصالح المسلمين. عن مواهب الجليل ٨٦/٦.

(٢) النساء: ٥٨.

(٣) النساء: ٦٥.

وقوله تعالى: ﴿إِنَّآ أَنزَلْنَآ إِلَيْكَ ٱلْكِتَٰبَ بِٱلْحَقِّ لِتَحْكُمَ بَيْنَ ٱلنَّاسِ بِمَآ أَرَىٰكَ ٱللَّهُ ۚ وَلَا تَكُن لِّلْخَآئِنِينَ خَصِيمًا ﴿١٠٥﴾﴾[1].

وهذه الآيات في سورة واحدة.

وقوله تعالى: ﴿فَٱحْكُم بَيْنَهُم بِٱلْقِسْطِ ۚ إِنَّ ٱللَّهَ يُحِبُّ ٱلْمُقْسِطِينَ﴾[2].

وقوله تعالى: ﴿يَٰدَاوُۥدُ إِنَّا جَعَلْنَٰكَ خَلِيفَةً فِى ٱلْأَرْضِ فَٱحْكُم بَيْنَ ٱلنَّاسِ بِٱلْحَقِّ وَلَا تَتَّبِعِ ٱلْهَوَىٰ فَيُضِلَّكَ عَن سَبِيلِ ٱللَّهِ ۚ إِنَّ ٱلَّذِينَ يَضِلُّونَ عَن سَبِيلِ ٱللَّهِ لَهُمْ عَذَابٌ شَدِيدٌۢ بِمَا نَسُوا۟ يَوْمَ ٱلْحِسَابِ ﴿٢٦﴾﴾[3].

فهذه الآيات تدل دلالة صريحة على وجوب الحكم بين الناس بشرع الله الذي شرع وتأمر به[4].

جاء في المغني لابن قدامة قال: الأصل في القضاء ومشروعيته الكتاب والسنة والإجماع... إلخ[5].

ثانياً: ومن السنة أحاديث كثيرة تدل على أن الرسول تولى بنفسه القضاء وولاه غيره، وقال في القاضي: «**إذا اجتهد الحاكم فأصاب فله أجران، وإن اجتهد فأخطأ فله أجر**»[6].

وقال: «**إنكم تختصمون إلي وإنما أنا بشر، ولعل بعضكم ألحن بحجته من بعض، وإنما أقضي بينكم على نحو ما أسمع، فمن قضيت له من حق أخيه شيئاً فلا يأخذه، فإنما أقطع له قطعة من النار فليأخذها أو ليدعها**»[7].

---

(١) النساء: ١٠٥.

(٢) المائدة: ٤٢.

(٣) ص: ٢٦.

(٤) بدائع الصنائع ٧/٢، والمغني لابن قدامة ٩/٣٤، ونظرية الدعوى ١/٦٠.

(٥) ٩/٣٤.

(٦) أخرجه الشيخان من حديث عمرو بن العاص وأبي هريرة. عن نيل الأوطار ٨/٢٩٥.

(٧) رواه الجماعة. عن نيل الأوطار ٨/٣١٤.

جاء في **المغني قال**: وأما السنة فما روى عمرو بن العاص عن النبي ﷺ أنه قال: «**إذا اجتهد الحاكم فأصاب فله أجران، وإذا اجتهد فأخطأ فله أجر**» متفق عليه. في آي وأخبار سوى ذلك كثيرة.

ثالثاً: الإجماع، وأما الإجماع فقد انعقد على فعله سلفاً وخلفاً.
جاء في المغني قال: وأجمع المسلمون على مشروعية نصب القضاء والحكم بين الناس(١).

وجاء في نهاية المحتاج قال: والأصل فيه الكتاب والسنة والإجماع(٢).

رابعاً: المعقول، وأما المعقول فهو أن العقل السليم يقضي بوجوب القيام بالقضاء على الأمة بمجموعها، وذلك أن طباع البشر مجبولة على التظالم ومنع الحقوق وقل من الناس من ينصف غيره بنفسه، والظلم من أكبر الكبائر وهو سبب هلاك الأمم وخرابها، ولهذا كان منعه قبل وقوعه ورفعه إذا وقع من أولى الواجبات على المسلمين والقضاء بأسسه وأصوله العادلة هو أكمل وسيلة لتحقيق هذا الهدف العظيم فكان القيام به فرضاً على الأمة(٣).

وحكم القضاء فرض كفاية على علماء المسلمين لأن أمر الناس لا يستقيم بدونه فكان واجباً على الكفاية كالجهاد، ولا يتعين على أحد إلا إذا لم يوجد غيره وكان مستوفياً لشروطه. قال أحمد: لا بد للناس من حاكم، أتذهب حقوق الناس؟(٤).

جاء في نهاية المحتاج قال: قبول القضاء من متعددين صالحين

---

(١) المغني ٩/٣٤.
(٢) نهاية المحتاج إلى شرح المنهاج للرملي ٨/٢٣٥.
(٣) نظرية الدعوى ١/١، والمغني لابن قدامة ٩/٣٤.
(٤) المغني لابن قدامة ٩/٣٤.

فرض كفاية بل هو أسنى فروض الكفايات حتى ذهب الغزالي إلى تفضيله على الجهاد وذلك للإجماع مع الاضطرار إليه لأن طباع البشر مجبولة على التظالم وقل من ينصف من نفسه[1].

أما حكمه، بالنسبة للإمام فهو فرض عليه، فإن الإمام يجب عليه نصب القضاة في المدن والقرى للحكم بين الناس في منازعاتهم وذلك لأن الإمام ينصب في الإسلام من أجل ضمان تحقيق فروض الإسلام في دولته، ولذا لو أخل بواحد منها وجب على المسلمين عزله. والقضاء من أقوى الفرائض الدينية المطلوب تحقيقها من المسلمين والإمام هو نائبه في ذلك وقد بايعوه عليه فكان واجباً عيناً عليه أن يضمن بوسائل السلطة المخولة له تنفيذ هذا الفرض الديني وبما أنه لا يستطيع أن يقوم بالفصل في الخصومات بنفسه في جميع أنحاء الدولة فتعين عليه أن يعمد إلى نصب القضاة في كل بلد ليحكموا بين الناس بشرع الله[2].

جاء في بدائع الصنائع قال: فنصب القاضي فرض لأنه ينصب لإقامة أمر مفروض وهو القضاء[3].

وجاء في نهاية المحتاج قال: أما تقليد القضاء ففرض عين على الإمام فوراً في قضاء الإقليم ويتعين فعل ذلك على قاضي الإقليم فيما عجز عنه، وأما إيقاع القضاء بين المتخاصمين ففرض عين على الإمام أو نائبه كما قاله البلقيني[4].

* * *

(١) شرح المنهاج للرملي ٢٣٦/٨.
(٢) نظرية الدعوى ٧٣/١.
(٣) بدائع الصنائع ٢/٧.
(٤) نهاية المحتاج ٢٣٦/٨.

المبحث الثالث
الحكمة من القضاء

هي قطع المنازعات وفصل الخصومات، فالقضاء لازم لقيام الأمم ولسعادتها وحياتها حياة طيبة مستقيمة، وكذلك هو لازم لنصرة المظلوم وقمع الظالم وأداء الحقوق إلى مستحقيها والأمر بالمعروف والنهي عن المنكر وللضرب على أيدي العابثين الظالمين[١].

❋ ❋ ❋

المبحث الرابع
الفرق بين القاضي والمفتي والفقيه

القاضي: هو الفاصل في أمر على طريق الإلزام.

والمفتي: هو المخبر بحكم عام شرعي وغير ملزم[٢].

وعليه، فالمفتي إذا سئل عن حكم حادثة يستقرىء الأدلة ويتتبع مقتضياتها ويخبر الناس بما ظهر له منها من غير زيادة ولا نقص وهذا إذا كان المفتي مجتهداً، فإن كان مقلداً نظر في مذهب إمامه ونقل للسائل حكم الحادثة منه.

ويتفق القضاء مع الفتيا من وجه ويخالفه من وجه آخر، يتفقان في أنهما إخبار عن حكم الشارع في واقعة من الوقائع وهما يشتركان في أنهما ينبنيان على إعمال النظر في الصور الجزئية وإدراك ما اشتملت عليه

(١) القضاء في الإسلام، إبراهيم عوض ٩/١.
(٢) القضاء في الإسلام، إبراهيم عوض ١٨/١.

من الأوصاف وتمييز ما يجب اعتباره من هذه الأوصاف وما لا يجب[1].

ويمتاز القضاء عن الإفتاء بما يأتي:

١ ـ أن القضاء فيه إلزام بالحكم، فالقاضي إذا جلس للقضاء وأصدر حكمه كان به ملزماً فلا بد من تنفيذه على من صدر عليه. وأما المفتي فإنه لا يلزم بفتواه أحداً وإنما يخبر بها من استفتاه فقط فإن شاء قبل قوله وإن شاء تركه.

٢ ـ أن القاضي معين للفصل في الخصومات من قبل الإمام أو نائبه، والمفتي على خلاف ذلك.

٣ ـ أن القاضي ينشىء الحكم في أمر لم يكن موجوداً قبل صدوره وذلك بإنشاء الإلزام على الخصم، ويتعين على هذا الخصم فعل ما حكم به وهذا التعين والإلزام لم يكونا موجودين قبل صدور حكم القاضي على خلاف حال المفتي فإن عليه اتباع الأدلة بعد معرفتها ويخبر المستفتي من غير زيادة أو نقص فليس في عمله إنشاء بل إخبار عن حكم الشرع. فالمفتي مع الشارع كالمترجم مع القاضي ينقل عنه ما تلقاه منه بإشارة أو عبارة أو فعل أو تقرير أو ترك، أما القاضي مع الشارع فكنائب الحاكم ينشىء الأحكام والإلزام فكأنه قال له: أي شيء حكمت به على القواعد فقد جعلته حكمي.

٤ ـ أن القاضي يعتمد في حكمه على حجج الخصوم من بينة وإقرار وغيرهما من وسائل الإثبات ليكتشف بها حقيقة الأمر فيحكم به، ولذا كان يستحب في القاضي أن يكون نبيهاً ذا يقظة وافرة وفراسة ناجحة وخبره واسعة، والمفتي على خلافه فهو ينظر في الواقعة المعروضة أمامه ويحللها ليستخرج منها الأوصاف المعتبرة ويطبق عليها حكم الشارع وذلك

---

(١) نظرية الدعوى ٤٨/١.

لأن المفتي يأتيه المستفتي بقلب سليم ونية صافية فينكشف الأمر أمامه أكثر[1].

ويمتاز القاضي والمفتي عن الفقيه المطلق بأن القضاء والفتوى أخص من العلم بالفقه لأن الفقه يتعلق بكلي من حيث صدقه على جزئيات مثل: «**البينة على من ادعى واليمين على من أنكر**».

أما القضاء والفتوى فقائمان على إعمال النظر في الحوادث الجزئية وإدراك ما اشتملت عليه من الأوصاف حتى يتحقق انطباق ذلك الكلي عليها، فالفقيه مثلاً يعلم أن البينة على المدعي، وقد يخفى عليه متى عرضت عليه نازلة من هو المدعي من الخصمين وتمييز المدعي من المدعى عليه من شأن القاضي والمفتي[2].

❋ ❋ ❋

المبحث الخامس
تاريخ القضاء في عصوره المختلفة قبل الإسلام وبعده

أولاً: القضاء عند الرومان[3] والفرس وقدماء المصريين:

أحببت أن أكتب كلمة موجزة عن القضاء عند الرومان لأنه يعتبر المصدر التاريخي لمعظم قوانين الدولة الحديثة سواء مسلمها وكافرها في الوقت الحاضر.

جاء في تاريخ القانون الروماني: قال علي: إن لدراسة القانون الروماني بالنسبة لقانوننا الوضعي أهمية مباشرة، فمعروف أن مجموعتنا

---

(١) نظرية الدعوى ٤٩/١، والقضاء في الإسلام إبراهيم عوض ٢٠/١.

(٢) القضاء في الإسلام، إبراهيم عوض ٢١/١.

(٣) نسبة إلى روما عاصمة إيطاليا.

المدنية الحالية أخذت عن مجموعة نابليون وهذه الأخيرة أخذت عن كتابات شراح القانون الفرنسي القديم، وهؤلاء إنما كانوا يفسرون القانون الروماني كما فهموه فكأن القانون الروماني هو في الواقع المصدر التاريخي لقانوننا المدني على أن شراح القانون الفرنسي القديم وقعوا في كثير من الأخطاء عند شرحهم لنظم القانون الروماني، وقد انتقلت هذه الأخطاء عنهم إلى المجموعة المدنية الفرنسية، ويلاحظ أن صدور المجموعة المدنية المصرية الجديدة لن يغير في هذه الحقيقة، فالقانون المدني الجديد ما زال أساسه الأول هو القانون الروماني وإن رجع واضعوه أيضاً إلى مصادر أخرى أهمها: القانون المقارن والشريعة الإسلامية[1].

وسلطة القضاء هي أحدى سلطات الدولة الثلاث[2]، وقد كانت سلطة القضاء منظمة لها قوانينها ولوائحها التي يلتزمها القضاة في مثل دولة الرومان والفرس وقدماء المصريين. ويقص علينا تاريخ الشرق الأدنى ما كانت عليه شريعة «حمورابي» الوضعية في القضاء من اقترابها نحو العدل ودولة آشور المبنية على أنقاضها وبعدها دول إسرائيل، ودول العرب قبل الإسلام الذين جعلوا أسباب الحكم شهود أو يمين، ونرى تاريخ الغرب يقص علينا طرق الحكم وأسباب القضاء الغربية في بابها إلى أواسط القرن الثاني عشر الميلادي وأياً كان فقد كان للقضاء نظمه من زمن بعيد، وهذه الأمم تعتني بالقاضي من ناحيتين:

١ ـ كفاءة القاضي وحسن خلقه فلا يولى القضاء إلا الذكي الفطن ذو العلم الغزير.

---

(١) لعبدالمنعم البدراوي ١١/١.

(٢) الدولة الحديثة تقوم على ثلاث سلطات: السلطة التشريعية، والسلطة القضائية، والسلطة التنفيذية.

٢ ـ أن يحاط القاضي بما يضمن استقلاله وقيامه بواجبه وكلما ارتقت الأمة كانت الضمانات القضائية عندها أوفى[(١)].

ثانياً: القضاء عند العرب في الجاهلية:

كان العرب في الجاهلية ينقسمون إلى قسمين رئيسيين: بدو وحضر، فكان البدو هم الأكثرية وهم الذين يعيشون في البادية بين إقامة ورحيل تبعاً للكلأ والماء.

أما الحضر، فهم سكان المدن ويشتغلون بالتجارة والزراعة وكان لقريش رحلتان تجاريتان إحداهما: إلى الشام صيفاً، والأخرى: إلى اليمن شتاءً.

قال تعالى: ﴿لِإِيلَٰفِ قُرَيْشٍ ۝١ إِۦلَٰفِهِمْ رِحْلَةَ ٱلشِّتَآءِ وَٱلصَّيْفِ ۝٢ فَلْيَعْبُدُوا۟ رَبَّ هَٰذَا ٱلْبَيْتِ ۝٣ ٱلَّذِىٓ أَطْعَمَهُم مِّن جُوعٍ وَءَامَنَهُم مِّنْ خَوْفٍۭ ۝٤﴾[(٢)].

وكان القضاء عندهم قضاءً مضطرباً لا يثبت على حال لأنه غير مبني على قانون محدد يمده بقواعد تنظمه ولا يستند إلى سلطة عليا تتولى الإشراف عليه، وكان ظالماً أحياناً حيث يبيح للمرتهن أن يملك الرهن إذا مضت المدة المقررة ولم يوف المدين الدين في ميعاده المحدد وكان يبيح أن يباع المدين في دينه.

وهذا كله كان خاضعاً للأعراف والتقاليد السائدة في هذا المجتمع فكان للعرف أهمية كبرى في الأزمنة القديمة حيث لا يوجد سلطة تشريعية تسن القوانين، لذا كان من عادات العرب أن يطيعوا بباعث من أنفسهم قوانينه المستمدة من العرف والعادة وكان لكل قبيلة شيخ هو سيدها بيده السلطان على أفرادها حيث روعي في اختياره الشجاعة وكبر السن وكثرة

---

(١) القضاء في الإسلام، د. محمد سلام مدكور ٢٠/١.

(٢) سورة قريش كاملة.

التجارة وغزارة العلم وسداد الرأي، فهو الذي يمثل قبيلته لدى القبائل الأخرى في علاقاتها معهم، أما علاقته الداخلية فكان هو قاضيها باعتبار أنه لم يكن لهم حكومة منظمة ولا ملوك يمنعون المعتدي من اعتدائه بما لهم من سلطة تنفيذية.

وكان سيد القبيلة هذا يحكم بين أفرادها وفق الأعراف والتقاليد التي كانت تستمد من تجاربهم ومعتقداتهم، بل وكانوا يأخذون عن أعراف من جاورهم من الشعوب كالفرس والروم أو ممن خالطهم واحتك بهم من أهل الكتاب اليهود أو النصارى.

وهذا العرف كان يختلف رقياً وانحطاطاً تبعاً لقرب القبيلة من البداوة أو بعدها عنها، وهذا القانون الجاهلي غير المدون لم يكن له جزاء كما لم يكن له احتراماً فالمتخاصمون ليسوا بملزمين بتطبيقه على منازعاتهم ولا ملزمين بالانصياع لحكمه فيؤدي ذلك إلى غضب القبيلة والثورات الداخلية، هذا ومن يتتبع تاريخ هذا العصر يلحظ في ثناياه أن العرب كانت تكل فض المنازعات إلى الحكم الذي عرف بجودة الرأي وأصالة الحكم من أهل الشرف والصدق والأمانة مثل (أكثم بن صيفي)، كما كانت تعمد في أحكامها إلى الكهان (كسطيح الذئبي) المعروف «بسطيح الكاهن»، باعتقادهم أنه يستطيع إظهار الحق بمعونة الجن لأنهم يعتقدون أن له تابعاً من الجن يطلعه على كل شيء، كما كانت تعتمد في فض منازعاتهم على العرافين وهم الذين يعرفون الأمور عن طريق الفراسة والقرائن ومقدمات الأمور.

ويرجع عدم وجود قوانين مكثفة ومنظمة إلى قلة المنازعات وبساطة الحياة التي لا يتعدى شجارهم فيها على مراعيهم أو مناهلهم التي يشربون منها ومنافراتهم على الرئاسة وتنافسهم في الشرف والثروة إلى غير ذلك.

وقد برز عند قريش تنظيم للحكومة بعض الشيء قبيل شروق

الإسلام ومنه القضاء فاقتسمت قبائل قريش عدة وظائف كالحجابة[1]، والرفادة[2]، والسقاية[3].

وبلغ الأمر إلى أن بنيت دار الندوة يتشاورن فيها، وهي أول دار بنيت بمكة بناها (قصي بن كعب) وجعل بابها إلى مسجد الكعبة، واستمرت هذه الدار إلى أن تداعت في عصر الخليفة المعتضد العباسي سنة ٢٨١ فأمر بهدمها وإلحاقها بالمسجد الحرام.

أما في المدينة المنورة، فكان القضاء مهذباً بعض الشيء لاختلاط العرب بغيرهم من اليهود والنصارى أهل الكتاب فاقتبسوا منهم بعض مبادئهم كالقيافة[4]، والفراسة[5]، والقسامة[6].

وكان عقاب السارق في الجاهلية قطع يده عند العرب كما كانوا يقطعون لسان القاذف[7].



(١) الحجابة: هي تولي حراسة الكعبة وفتح بابها لمن يقصدها.
(٢) الرفادة: هي تقديم الطعام للحجيج في موسم الحج.
(٣) السقاية: هي تقديم الشراب للحجيج في موسم الحج.
(٤) القيافة: هي معرفة الشبيه وتمييز الأثر ويسمى صاحب تلك المعرفة: قائفاً، والجمع القافة.
(٥) الفراسة: هي مكاشفة النفس ومعاينة الغيب قاله أبو سليمان الداراني رحمه الله.
(٦) القسامة من القسم وهي: إيمان مكررة في دعوى قتل معصوم.
(٧) القضاء في الإسلام، د. عطية مصطفى مشرفة ٢٢/١، والقضاء في الإسلام، د. مدكور ٢٠/١.



الفصل الثاني
المراحل التي مر بها القضاء في الإسلام

المبحث الأول
القضاء في عهد الرسول ﷺ

جاء الإسلام وأمر الرسول ﷺ بتبليغ رسالته كما أمر بجانب ذلك بالفصل بين الخصوم، يرشد إلى هذا قوله تعالى: ﴿فَلَا وَرَبِّكَ لَا يُؤْمِنُونَ حَتَّىٰ يُحَكِّمُوكَ فِيمَا شَجَرَ بَيْنَهُمْ ثُمَّ لَا يَجِدُوا فِي أَنفُسِهِمْ حَرَجًا مِّمَّا قَضَيْتَ وَيُسَلِّمُوا تَسْلِيمًا ﴿٦٥﴾﴾[(١)]، وقال سبحانه: ﴿إِنَّا أَنزَلْنَا إِلَيْكَ الْكِتَابَ بِالْحَقِّ لِتَحْكُمَ بَيْنَ النَّاسِ بِمَا أَرَاكَ اللَّهُ ۚ وَلَا تَكُن لِّلْخَائِنِينَ خَصِيمًا ﴿١٠٥﴾﴾[(٢)]، وقال تعالى: ﴿وَأَنِ احْكُم بَيْنَهُم بِمَا أَنزَلَ اللَّهُ﴾[(٣)].

فأوضحت هذه الآيات وجوب تطبيق ما جاء به الإسلام من أحكام على ما يعرض عليه من قضايا، ولا يسع الرسول ﷺ إلا أن يصدع بأمر ربه فبلغ رسالته وأعلن دعوته ونصب نفسه في المدينة ليفصل في الخصومات وليقوم بدور الإفتاء بجانب تبليغ الأحكام التشريعية الموحى

---

(١) النساء: ٦٥.
(٢) النساء: ١٠٥.
(٣) المائدة: ٤٩.

بها والسهر على تنفيذها. ومن هذا يتضح أن الرسول ﷺ في المجتمع الإسلامي قد اجتمعت في يديه السلطات التي يعبر عنها في العصر الحاضر بالتشريعية والقضائية والتنفيذية، ومن غيره ﷺ في حضرته أحق بهذا منه فقد رفعت إليه القضايا فقضى فيها كما أفتى فيما استفتي فيه، وكان يعتمد في الحقوق بالظاهر وباليمين عند عدم البينة، وكان قضاؤه ﷺ اجتهاداً لا وحياً فقد روي عن أم سلمة زوج النبي ﷺ عن رسول الله ﷺ أنه سمع خصومة بباب حجرته فخرج إليهم فقال: «**إنما أنا بشر وأنه يأتيني الخصم فلعل بعضكم أن يكون أبلغ من بعض فأحسب أنه صادق فأقضي له بذلك، فمن قضيت له بحق مسلم فلا يأخذه، فإنما هي قطعة من النار فليأخذها أو ليتركها**»[1]، فهذا يدل على أن المتخاصمين يحضران إليه باختيارهما فيسمع من كل منهما. وهو القائل: «**البينة على من ادعى واليمين على من أنكر**»[2].

فالمدعي ملزم بإظهار ما يبين صحة دعواه فيحكم الرسول ﷺ بمقتضى ذلك وكان مأموراً بالحكم بين الناس بالظاهر والله يتولى السرائر، فالرسول ﷺ تولى القضاء بنفسه عندما حكم هو بالخصومة وأذن لعمر بالقضاء بالمدينة مع وجوده، يدل على هذا قول عثمان لعبدالله بن عمر: اذهب فاقض بين الناس، قال: أوَتعفيني؟ قال: وما تكره من ذلك وقد كان أبوك يقضي، قال: إن أبي كان يقضي فإن أشكل عليه شيء سأل رسول الله ﷺ، وأمر غيره بالقضاء خارج المدينة فبعث علياً ومعاذاً قاضيان إلى اليمن وبعد فتح مكة ولى الرسول ﷺ عتاب بن أسيد قاضياً عليها.

فمما سبق اتضح جلياً أن الإسلام دين ودولة فله نظمه المستقلة عن غيره، ومنها القضاء الذي رسم التشريع الإسلامي خطته للقضاة وأرشد

---

(١) رواه الجماعة عن نيل الأوطار ٣٢٤/٨.

(٢) الحديث في الصحيحين. عن نصب الراية للزيلعي ٩٦/٤.

إلى مبادئه قبل أن يأتي قوله تعالى: ﴿ٱلْيَوْمَ أَكْمَلْتُ لَكُمْ دِينَكُمْ وَأَتْمَمْتُ عَلَيْكُمْ نِعْمَتِي وَرَضِيتُ لَكُمُ ٱلْإِسْلَٰمَ دِينًا﴾(١)، وترك التفصيل للسنة وعمل المجتهدين.

❋ ❋ ❋

المبحث الثاني
القضاء في عهد الخلفاء الراشدين

لم يزل القضاء في عهد أبي بكر على ما كان عليه في عهد الرسول ﷺ وذلك لاشتغاله عن تنظيم القضاء بحروب الردة وامتناع بعض المسلمين عن أداء الزكاة وغير ذلك من أمور السياسة والحكم. وقد ولى أبو بكر رضي الله عنه عمر القضاء فظل سنتين لا يأتيه متخاصمان لما عرف عنه من الحزم والشدة ولأن الناس كان فيهم من الورع والصلاح والتسامح ما يمنع وجود تخاصم ومشاحنة.

وعندما تولى عمر رضي الله عنه الخلافة بعد أبي بكر رضي الله عنه اتجه نحو إصلاح القضاء إصلاحاً يتناسب مع حاجة الدولة وما وصلت إليه من اتساع في الرقعة وزيادة في السكان فكانت حاجتهم إلى من يفقههم ويقضي بينهم مما دعا عمر إلى فصل القضاء عن الولاية فعين للقضاء أشخاصاً غير الولاة وفصل بين السلطتين، فولى أبا الدرداء قضاء المدينة، وولى شريح قضاء البصرة، وولى أبا موسى الأشعري قضاء الكوفة، وولى عثمان بن قيس بن أبي العاص قضاء مصر.

ثم جاء عصر عثمان بن عفان رضي الله عنه الخليفة الثالث فواصل

---

(١) المائدة: ٣.

السير الذي بدأه عمر واستمر العمل على تطوير القضاء فكان أول من اتخذ داراً للقضاء وكان قبله في المسجد.

ثم جاء من بعد عثمان علي رضي الله عنهما الخليفة الرابع فاستمر على سيرة سلفه دون تغيير يذكر، فأصبح هو الذي يولي الولاة والقضاة أو يجمع بين الوظيفتين معاً لواحد بحسب ما يرى وفق مصلحة الأمة وما يتفق مع السياسة الشرعية.

والإسلام قد جاء بأصول الحكم دون فصل بين سلطة وأخرى، إلا أن أصوله تلك لا تمنع من إجراء أي تطور أو تنظيم إذا قضت مصلحة الأمة والسياسة الشرعية بذلك، وهذا ما فعله عمر عند فصله سلطة القضاء عن الولاية وعمل السلف بعده هذا حيث جعلوا للسلطة التنفيذية ولاة وللسلطة القضائية قضاة تمكيناً للتخصص وتحقيقاً للعدالة.

ومن ما مضى يتبين أن القضاء في هذا العصر تارة يكون من اختصاص الخليفة أو الوالي فيباشره بنفسه، وتارة ينيب عنه غيره ممن يوليه القضاء، ولم يعن الخلفاء الراشدون بتدوين الأحكام ولم يوجد كتاب يدونون الخصومة وأدلتها فالقاضي هو الذي يتولى هذا بنفسه كما يقوم أيضاً بتنفيذ أحكامه عقب صدورها ولم تكن السجلات القضائية معروفة بعد، والقضاء في هذا العصر قاصر على فصل الخصومات المدنية، أما القصاص والحدود فكانت ترجع إلى الخلفاء وولاة الأمصار وكانت العقوبات التأديبية كالحبس لا يأمر بها إلا الخليفة أو عامله فكانت الدائرة القضائية ضيقة[١].

* * *

(١) القضاء في الإسلام، د. مدكور ١/٢٠، والتنظيم القضائي الإسلامي ١/٤٣.

المبحث الثالث
القضاء في عهد الأمويين

حصلت القلاقل والفتن حول خلافة المسلمين وانتهت بعد ذلك بمقتل علي واستتباب الأمر لمعاوية وهو أول حكام بني أمية، وفي هذا العصر ظل القضاء على ما كان زمن الخلفاء الراشدين، ولم يدخل عليه تعديل يذكر فكان عمل القاضي قاصراً على إصدار الأحكام فيما له اختصاص فيه، وفي هذا العصر غالباً ما يكون القاضي مجتهداً فلا يلتزم في أحكامه برأي معين وإنما يقضي فيما ليس فيه نص برأيه واجتهاده، وإذا استشكل عليه أمر في قضائه استعان بالفقهاء الموجودين حوله ويرجع في بعض الأحيان إلى الخليفة أو الوالي في طلب الرأي في القضية ومع هذا فقد كان القضاة في أحكامهم لا يتأثرون بميول الحاكم وكانت كلمتهم نافذة حتى على الولاة أنفسهم وكان الخليفة يراقب بنفسه أعمال القضاة فيبقي من يشاء ويعزل من شذ منهم.

وفي هذا العصر طرأ على القضاء ابتداء تسجيل الأحكام فقد كانت الدعوى قبل هذا العصر تعرض أمام القاضي ويفصل فيها ويعرف الخصمين بحكمه ويبين للمحكوم عليه ما بنى عليه الحكم، أما في هذا العصر فقد عرف تسجيل الأحكام وذلك أن قاضي مصر زمن معاوية وهو سليم بن عدي حكم في ميراث بين ورثة ثم تناكروا الحكم فعادوا وتخاصموا إليه ثانية فحكم بينهم ودوّن الحكم في سجل خاص فكان أول حكم قضائي يسجل(١).

* * *

(١) القضاء في الإسلام، د. محمد سلام مدكور ١/٣٠.

المبحث الرابع
القضاء في عصر العباسيين ومن بعدهم

في هذا العصر اتسعت الدولة وظهر النشاط العلمي والاقتصادي والاجتماعي فتعددت الحوادث وتشكلت وظهر الجدل ووجدت المذاهب وظهر التقليد فكان المذهب السائد في العراق المذهب الحنفي، وفي الشام والمغرب المذهب المالكي، وفي مصر المذهب الشافعي. وفي هذا العصر استحدثت وظيفة قاضي القضاة الذي أصبح مرجع القضاة فيوليهم ويشرف عليهم ويتفقد أحوالهم وهذه الوظيفة هي النواة لما استحدث من بعد: من تنظيم للقضاء في درجاته المختلفة أو تنظيم له في وزارة العدل مع فوارق تمليها واقعية تطور المجتمعات الإسلامية فظهرت هذه الوظيفة في عهد الرشيد وأول من قام بها القاضي أبو يوسف صاحب أبي حنيفة ونشأت هذه في الأندلس باسم قاضي الجماعة.

وكذلك تطورت السجلات في هذا العصر تطوراً ملحوظاً فكان تدون الدعوى والأحكام، فصار للقضاء وثائق ومحاضر وسجلات للأحكام. وقد ذكر بعض العلماء تعريفها وما يجب توافره فيها من شروط بل وذكر كيفية كتابتها وأخذ الصور منها وأين يقع التوقيع فيها والتاريخ ومكان شرح القاضي.

وظهر في هذا العصر إيجاد ديوان للقضاء يتضمن إدارة القضاء بما فيها من محاضر وسجلات ووثائق أصلية كانت أم نسخاً عنها، ويشتمل أيضاً ما يتبع القضاة من موظفين كتاباً كانوا أم حجاباً ويسمى هذا الديوان بـ«ديوان قاضي القضاة» وهو بمثابة المحكمة العليا لاستئناف الأحكام، وتولى جعفر البرمكي رئاسة هذا الديوان في عهد الرشيد.

ومما يؤخذ بعين الاعتبار في هذا العصر اتساع سلطة القاضي فكان ينظر الدعاوى المدنية والجنائية ودعاوى الأوقاف وينصب الأولياء

والأوصياء وأحياناً يتولى المظالم والشرط والحسبة وبيت المال ودار الضرب وصلاة الجمعة والأعياد. وفي أواخر هذا العصر ضعف الاجتهاد وظهر القضاة الذين انتمى كل منهم إلى مذهب من مذاهب الفقهاء. وبدأ التدوين لعلوم الفقه وأصوله والتفسير وجمع الأحاديث وشرحها وظهرت فكرة تقنين الأحكام كمرجع للقضاة وذلك حينما اقترح (ابن المقفع) على الخليفة (أبي جعفر المنصور) أن ينظر في أقوال الأئمة وأدلتهم ويتخير من بينها في كل مسألة ما يراه أنسب للناس فيلزم قضاته بالحكم به، فقد جاء في رسالته قوله: «ومما ينظر فيه أمير المؤمنين من أمر هذين المصرين وغيرهما من الأمصار والنواحي اختلاف هذه الأحكام المتناقضة التي قد بلغ اختلافها أمراً عظيماً في الدماء والفروج والأموال فيستحل الدم والفرج بالحيرة وهما يحرمان بالكوفة ويكون مثل هذا الاختلاف في جوف الكوفة فيستحل في ناحية منها ويحرم في ناحية أخرى، فلو رأى أمير المؤمنين أن يأمر بهذه الأقضية والسير المختلفة فترفع إليه في كتاب ويرفع معها ما يحتج به كل قوم من سنة أو قياس ثم نظر في ذلك أمير المؤمنين في كل قضية رأيه الذي يلهمه الله ويعزم عليه عزماً وينهى عن القضاء بخلافه وكتب بذلك كتاباً جامعاً لرجونا أن يجعل الله من هذه الأحكام المختلطة الصواب بالخطأ حكماً واحداً صواباً.

وطلب الخليفة من مالك ـ رحمه الله ـ حمل الناس على مذهبه فأبى وقال: إن لكل قوم سلفاً وأئمة، وفي سنة ١٦٣هـ عرض الخليفة الفكرة مرة أخرى على مالك وقال: يا أبا عبدالله ضع الفقه ودوِّن منه كتباً وتجنب شدائد عبدالله بن عمر ورخص ابن عباس وشوارد عبدالله بن مسعود وأقسط إلى أواسط الأمور وما اجتمع عليه الأئمة والصحابة لتحمل الناس إن شاء الله على علمك وكتبك وتبثها في الأمصار وتعهد إليهم أن لا يخالفوها وأن لا يقضوا بسواها.

لكن أجاب مالك بقوله: أصلح الله الأمير، إن أهل العراق لا

يرضون علمنا ولا يرون في علمهم رأينا وإن لكل قوم سلفاً وأئمة فإن رأى أمير المؤمنين إقرارهم على حالهم فليفعل ولكن الخليفة أجاب بقوله: يحملون عليه ونضرب عليه هاماتهم بالسيف ونقطع طي ظهورهم بالسياط فتعجل بذلك وضعها وقد تكرر الاقتراح من أبي جعفر للإمام مالك تنفيذاً لفكره لكنها بقيت معطلة عن التنفيذ فترة طويلة.

ونتيجة لهذه المحاورة بين الخليفة والإمام مالك وضع مالك كتابه الموطأ الذي يعد بحق من أقوى المراجع في الفقه الإسلامي عامة والمذهب المالكي خاصة.

وبعد هذا العصر تفككت الدولة الإسلامية وصارت دويلات، ومن أبرز الخصائص التي سادت القضاء في هذه الدويلات هو استمرار التسامح والتوسع فيه مع الطوائف الملية غير الإسلامية فسمح لها بإقامة قضاء ومجالس ملية تحكم بها وفق شرائعها، وظهر تنظيم للقضاء متمثلاً في تنوع المحاكم حسب تنوع القضايا أو في تعدد درجاته وتنظيم إجراءاته، وأخذ هذا التطور صوراً متعددة تبعاً لتعدد الدول الإسلامية وتبعاً لمدى اهتمام ولاة أمورها بالقضاء حتى وجدنا أخيراً في الدولة العثمانية التي سادت العالم العربي فترة طويلة تقنيناً لأحكام الإسلام وذلك في مجلة الأحكام العدلية، كما وجدت بعض التقنيات الأخرى في مصر لبعض مواضع الفقه الإسلامي كمرشد الحيران وقانون العدل والإنصاف لصاحبها محمد قدري باشا، وصحب هذا التطور في الأشياء الشكلية في السلطة القضائية أن ضعف روح الاجتهاد فتمسك كل أقليم بمذهب إمام دون غيره ووجد التعصب المقيت للمذاهب وتوقف العلماء والمفكرون عن الإنتاج إما خلوداً للراحة وإما لعدم تهيئة الجو المناسب لهم[١].

***

(١) القضاء في الإسلام، د. محمد سلام مدكور ١١٥/١، والتنظيم القضائي لابن قاسم ٥٧/١.

المبحث الخامس
ظهور تعدد الجهات القضائية في مصر
إلى أن تم القضاء عليها

ظهر تعدد جهات التقاضي في مصر زمن العثمانيين، ففي سنة ١٨٧٦م اكتمل لمصر سلطانها القضائي وولايتها عليه وكان القانون الواجب التطبيق ليس هو الفقه الإسلامي في جميعها، ووصل الأمر في عهد الخديوي توفيق أن كان القضاء خمسة أنواع تستمد قوانينها من مصادر مختلفة:

١ ـ القضاء الشرعي وقد كان سابقاً هو الأصل ومصدر أحكامه الفقه الإسلامي.

٢ ـ القضاء المختلط وقد أنشىء سنة ١٨٧٥م ومصدره القوانين الأجنبية.

٣ ـ القضاء الأهلي وقد أنشىء سنة ١٨٨٣م ومصدره القانون الفرنسي.

٤ ـ القضاء الملي، ومصدره ديانات الطوائف غير الإسلامية.

٥ ـ القضاء القنصلي وكل محكمة منه تقضي بقانون بلدها خروجاً على أصل إقليمية القضاء في الدولة الإسلامية إذ لا يجوز قيام قضاء أجنبي عن إقليم الدولة.

وهكذا تعددت جهات القضاء بمصر تعدداً نوعياً وشخصياً ثم أخذت البلاد تتخلص من هذا الوضع الشاذ وتسترد سيادتها القضائية حتى ألغي القضاء القنصلي والمختلط ثم عملت على توحيد القضاء حتى ألغيت المجالس الملية والمحاكم الشرعية بالقانون رقم ٤٦٢ لسنة ١٩٥٥م اعتباراً من أول يناير سنة ١٩٥٦م، وأحيلت القضايا التي كانت منظورة أمامه إلى

القضاء العادي وأنشيء فيها دوائر أحوال شخصية للمسلمين، والقانون المطبق أمامها هو القانون المستمد من الفقه الإسلامي وأنشئت دوائر كذلك لتنظر قضايا الأحوال الشخصية لغير المسلمين والنظم القضائية مستمدة من بلاد غير إسلامية(١).

ومما سبق، تبين لنا جلياً أنه لا وجود للفقه الإسلامي في القوانين المصرية إلا في الأحوال الشخصية فقط وأخذت باقي الدولة العربية بما أخذت به جمهورية مصر العربية فاستمدت أحكامها من القوانين الأجنبية، ويرجع د/محمد سلام مدكور السبب إلى جمود رجال الفقه الإسلامي عن الإنتاج، ويزاد على هذا أيضاً أن حكام المسلمين لهم دور فعال في عدم تطبيق الأحكام الشرعية على جميع قضايا المسلمين.

جاء في القضاء في الإسلام قوله: إن السبب في البعد عن الفقه الإسلامي هو جمود رجاله وعدم عرضه عرضاً حسناً وخوفهم من النظر في أحكامه ليتبينوا منها ما يساير مصالح الناس فيعملوا بمقتضاه(٢).



المبحث السادس
الوضع في المملكة العربية السعودية

عندما أتم الملك عبدالعزيز رحمه الله فتح الحجاز وجد هناك نظاماً قضائياً متطوراً أكثر منه في نجد وسببه وجود الإصلاحات النظامية التي سنتها الدولة العثمانية وشملت الحجاز لعلاقته بالعالم الخارجي عنه لوجود الأماكن المقدسة فيه وقد أثرت هذه الأنظمة تأثيراً

---

(١) القضاء في الإسلام، د. محمد سلام مدكور ٣٣/١.
(٢) للدكتور محمد سلام مدكور ٣٤/١.

واضحاً في النظام القضائي السعودي في وقتنا الحاضر، وقد تكون هذه المنطقة هي الوحيدة التي تأثرت بالنظام العثماني ولا نجد أثراً لهذه الإصلاحات في نجد فاستمرت هذه المنطقة على نظامها التقليدي في فض المنازعات، وهذا النظام عادة يقوم على فهم القاضي للشرع والعرف السائد في البلد وكان للأمير شأن في بلده فهو يحاول عادة أن يوفق بين الخصمين أو يحيل القضية إلى القاضي المنفرد في البلد، ـ وهذا الإجراء موجود في القرى في وقتنا الحاضر ـ.

وهناك أيضاً في المملكة النظام القبلي الذي اتبعته القبائل القائم على السوابق والعرف ويقوم بتطبيقه أفراد مشهود لهم بالحكمة والاطلاع على العادات القبلية كما تلجأ هذه القبائل إلى التحكيم في حالة المنازعات التي تنشب بين قبيلة وأخرى.

ولم يقم الملك عبدالعزيز رحمه الله بإجراء تغييرات جذرية تخل بتوازن هذه الأنظمة القضائية وساعده على ذلك كونها الوحيدة التي يقبلها المجتمع بقطاعاته المختلفة والتي يمكن العمل بها.

وقد تعرضت القوانين السائدة في الحجاز في ذلك الوقت لهجوم شديد شنه الذين يمثلون الاتجاه المحافظ من أتباع الملك عبدالعزيز مما دعا الملك إلى أن يحيل المشكلة برمتها إلى العلماء للنظر فيها، وكانت الفتوى التي أصدرها العلماء تؤيد المطالبة بإلغائها فوراً غير أن مجموعة النظم التي نشرت تحت إشراف مجلس الشورى أن الملك قرر أحكام القانون العثماني المطبقة في الحجاز فقد نصت الإرادة السنية الصادرة سنة ١٣٤٥هـ والموجه إلى النيابة العامة على التالي:

إن أحكام القانون العثماني ما زالت جارية إلى الآن لأننا لم نصدر إرادتنا بإلغائها ووضع أحكام جديدة مكانها، ولذا نوافق على اقتراحكم بشأن استمرار أحكام ذلك القانون ونطلب منكم أن تبلغوا رئاسة القضاة والحكام الإداريين بالملحقات.

وبعد هذا صدر مرسوم ملكي ينظم المحاكم ويصنفها ويحدد اختصاصاتها القضائية ونتج عنه قرار هيئة المراقبة القضائية الذي صدقه الملك وتم بموجبه المصادر التي يرجع إليها القضاة في أحكامهم فنص على أن تكون الأحكام طبقاً لما أفتي به من مذهب الإمام أحمد بن حنبل رحمه الله وبرر القرار اختيار هذا المذهب لسهولة مراجعة كتبه والتزام المؤلفين على هذا المذهب بذكر الأدلة[١].

وهذه العملية عملية تحديد المذهب والمصادر التي يعتمدها القضاة في أحكامهم تعتبر في حد ذاتها نوعاً من التقنين وخطوة مهمة نحو توحيد القضاء.

وبعد ذلك تدفق النفط في المملكة العربية السعودية بكميات لا مثيل لها في العالم فتطور الاتصال الداخلي والخارجي مما دعا الحكومة إلى إحداث مؤسسات قضائية أخرى. وأرجع الدكتور سليمان السليم وزير التجارة السابق أحداث هذه المؤسسات إلى سببين:

١ ـ التطور السريع الذي شمل النواحي الاقتصادية والاجتماعية الذي مرت به المملكة منذ إنشائها وما تقتضيه هذه العملية من ضرورة إيجاد الحلول المناسبة للمشاكل الناجمة عن هذا التطور.

٢ ـ الرغبة في تخفيف العبء الواقع على كاهل المؤسسات الشرعية وقضاتها وإعطائهم الوقت الكافي للتمعن في دراسة هذه المشاكل التي تمر بها المملكة لأول مرة في تاريخها ومحاولة الملاءمة بين ما تقتضيه الشريعة الإسلامية وما تقتضيه ضرورات النمو.

وأهم هذه المؤسسات ما يأتي:

١ ـ ديوان المظالم وقد صدر نظامه بالمرسوم الملكي سنة ١٩٥٥م.

---

(١) التنظيم القضائي في المملكة العربية السعودية، د. سليمان السليم ١٣/١.

٢ ـ لجنة قضايا التزوير وقد صدر مرسوم ملكي بنظام عقوبات التزوير وزيف النقود سنة ١٩٦٠م، كما صدر مرسوم آخر سنة ١٣٩٥هـ بعنوان نظام مكافحة التزوير.

٣ ـ المحكمة التجارية نظام المحكمة التجارية الصادر سنة ١٣٥٠هـ.

٤ ـ الغرفة التجارية والتحكيم في حسم الدعاوى والاختلافات التجارية.

٥ ـ هيئة حسم المنازعات التجارية نظام الأوراق التجارية ١٣٨٣هـ.

٦ ـ لجان مكافحة الغش التجاري نظام مكافحة الغش التجاري ١٣٨١هـ.

٧ ـ لجان العمل وتسوية الخلافات العمالية نظام العمل والعمال ١٣٨٩هـ.

٨ ـ اللجنة الجمركية محكمة إدارية نظام الجمارك ١٣٨٢هـ.

٩ ـ ديوان المحاكمات العسكرية نظام العقوبات للجيش العربي السعودي ١٣٩٥هـ.

١٠ ـ المجالس التأديبية لقوات الأمن الداخلي نظام قوات الأمن الداخلي ١٣٨٤هـ.

١١ ـ هيئة محاكم الوزراء نظام محاكمة الوزراء ١٣٨٠هـ(١).

وهذه المؤسسات القضائية غير الشرعية تأخذ بالأنظمة الوضعية حيث خصص لكل منها نظام خاص تعمل به ولا تتعداه إلى غيره، وقد عممت رئاسة القضاة على المحاكم بأن تنظر في جميع ما يحال إليها ولا ترجعه

---

(١) التنظيم القضائي في المملكة العربية السعودية، د. سليمان السليم ١٣/١، التطور التشريعي في المملكة العربية السعودية، د. محمد عبدالجواد محمد ١٢٨/١.

إلى غيرها بحجة عدم اختصاصها وعللوا بأن الشرع شامل لكل الأحكام إلى تلك الجهات إقرار للقوانين الوضعية.

جاء في تعميم رئاسة القضاة رقم ١٨٤٩/٣/م في ١٣٨٥/٦/٤هـ قال: بلغنا أن بعض القضاة يرد بعض القضايا إلى مكاتب العمل والعمال أو غيرها من الدوائر بحجة أن ذلك من اختصاص جهة معينة، وغير خاف أن الشريعة الإسلامية كفيلة بإصلاح أحوال البشرية في كل المجالات وجميع النواحي المادية وغيرها وفيها كفاية تامة لحل النزاع وفك الخصام وإيضاح كل مشكل، وفي الإحالة إلى تلك الجهات إقرار للقوانين الوضعية وموافقة على الأنظمة المخالفة لقواعد الشريعة المطهرة وإظهار المحاكم بمظهر العجز والكسل وإعلان عن التنصل عن الواجبات والتهرب من المسؤوليات، فاعتمدوا النظر في كل ما يرد إليكم والحكم فيه بما يقضي به الشرع الشريف واجتهدوا في إنجازه وإتقانه بكل ما تستطيعونه واحذروا عن رد أي قضية إلى أي جهة وما أشكل عليكم فاكتبوا لنا عنه[1].

❋ ❋ ❋

«رأينا في الموضوع»

والذي نراه أن هذا التعدد في الهيئات القضائية في المملكة العربية السعودية لا وجود له في أي دولة كانت، ويرجع هذا التعدد في نظري إلى أن المحاكم الشرعية تأخذ بالمبدأ القائل بعدم جواز تقنين الأحكام الشرعية وذلك تحرجاً من الأخذ بالأنظمة الوضعية وترك الشريعة الإسلامية، وإلا لو أخذنا بالقول المجيز لتقنين الأحكام الشرعية وعملت قوانين إسلامية لما حصل هذا التعدد للهيئات القضائية بشكلها الحالي

---

(١) التنظيم القضائي في المملكة العربية السعودية، د. سليمان السليم وزير التجارة السابق ٧٣/١.

والذي أراه هو الأخذ بالقول المجيز لتقنين الأحكام الشرعية صيانة لها عن الضياع وحصانة لها عن أيدي العابثين ثم توحيد هذه الهيئات تحت رئاسة واحدة في وزارة العدل ووجوب إحداث ما يسمى بالنيابة العامة ودراسة هذه الأنظمة الوضعية دراسة وافية فما وافق شريعتنا واقتنعنا به أخذنا به وما خالفها تركناه، وتقع مسؤولية هذه العملية على العلماء والمفكرين الإسلاميين وحكامهم.

ونرى أنه من الممكن توحيد القضاء فوراً وذلك باتباع نظام تخصص القاضي المعروف في الفقه الإسلامي فيكون في المحكمة قضاة متخصصون للنظر في مشاكل العمال، وآخرون متخصصون في النظر في المشاكل التجارية، وآخرون متخصصون في الأحوال الشخصية، وغيرهم في المسائل الأخرى، وهذا معروف في نظام القضاء في الإسلام.

جاء في المغني قال: فصل: ويجوز أن يولي قاضياً عموم النظر في خصوص العمل فيقلده النظر في جميع الأحكام في بلد بعينه فينفذ حكمه فيمن سكنه ومن أتى إليه من غير سكانه ويجوز أن يقلده خصوص النظر في عموم العمل، فيقول: جعلت إليك الحكم في المداينات خاصة في جميع ولايتي ويجوز أن يجعل حكمه في قدر من المال نحو أن يقول: احكم في المائة فما دونها فلا ينفذ حكمه في أكثر منها ويجوز أن يوليه عموم النظر في عموم العمل وخصوص النظر في خصوص العمل[١].

وقد ظل القضاء موحداً إلى أواخر الخلافة العثمانية سنة ١٢٥٥هـ حيث أصدرت الخلافة العثمانية التنظيمات فنتج عن هذا حدوث ازدواجية القضاء وهذا العمل أثر من آثار ضعف الدولة، ونجح المستعمر في تمزيقها شر ممزق مما ساعد بعد ذلك على تقسيم العالم الإسلامي إلى ما هو عليه الآن.

---

(١) لابن قدامة ٩/١٠٥.



الباب الأول
في ماهية الدعوى وسببها

وفيه فصول:

الفصل الأول: وفيه مباحث:

المبحث الأول: في تعريف الدعوى لغة شرعاً.

المبحث الثاني: في تعريف الخصومة لغة واصطلاحاً.

المبحث الثالث: في الفرق بين الدعوى والخصومة.

المبحث الرابع: في صلة الدعوى بالحق.

المبحث الخامس: في سبب الدعوى.

الفصل الثاني: **في أركان الدعوى،** وفيه مباحث:

المبحث الأول: في تعريف المدعي والمدعى عليه.

المبحث الثاني: في شروط الركن الأول والثاني (المدعي والمدعى عليه).

المبحث الثالث: في شروط الركن الثالث (صيغة الدعوى).

المبحث الرابع: في شروط الركن الرابع (المدعى به).

الفصل الثالث: **في أقسام الدعوى،** وفيه مبحثان:

المبحث الأول: في أقسام الدعوى من حيث الصحة وعدمها.

المبحث الثاني: في أقسام الدعوى باعتبار الشيء المدعى به.

الفصل الرابع: **في الحيازة والتقادم،** وفيه مبحثان:

المبحث الأول: في تعريف الحيازة وأقوال الفقهاء فيها.

المبحث الثاني: في أقسام الحيازة في الفقه الإسلامي.



المبحث الأول
تعريف الدعوى لغة وشرعاً

الدعوى لغة:

جاء في كتب الصحاح هذا اللفظ لمعان مختلفة، هي:

أولاً: ما جاء في لسان العرب قال: الدعوى اسم من الادعاء وهو المصدر أي: هي اسم لما يدعى، وألفه للتأنيث فهو غير معروف، ويجمع على دعاوى ـ بفتح الواو ـ كفتوى وفتاوى، ويصلح الكسر، ورجحه سيبويه كما رجح غيره الفتح[(١)].

والمراد بالدعوى الدعوى القضائية ويقال: اختصاراً الدعوى، وسميت بهذا الاسم لأن المدعي يدعو صاحبه إلى مجلس الحكم ليخرج من دعواه.

ثانياً: ويطلق هذا اللفظ على الزعم، ومنه قوله تعالى: ﴿وَقِيلَ هَٰذَا

(١) لسان العرب لابن منظور ١٨/٢٨٢.

﴿ٱلَّذِى كُنتُم بِهِۦ تَدَّعُونَ﴾[١] أي: تزعمون، وتقول: ادعى كذا زعم أن له حقاً أو باطلاً[٢].

ثالثاً: كما تأتي الدعوى بمعنى الدعاء[٣]، ومنه قول الحق: ﴿دَعْوَىٰهُمْ فِيهَا سُبْحَٰنَكَ ٱللَّهُمَّ وَتَحِيَّتُهُمْ فِيهَا سَلَٰمٌ ۚ وَءَاخِرُ دَعْوَىٰهُمْ أَنِ ٱلْحَمْدُ لِلَّهِ رَبِّ ٱلْعَٰلَمِينَ ﴿١٠﴾﴾[٤].

أي: أن دعاءهم هذا التسبيح ويختمون دعاءهم بالحمد لله رب العالمين.

رابعاً: كما يطلق هذا اللفظ على الطلب والتمني[٥]، وهو كثير، ومنه قوله تعالى: ﴿لَهُمْ فِيهَا فَٰكِهَةٌ وَلَهُم مَّا يَدَّعُونَ ﴿٥٧﴾﴾[٦] أي: يطلبون ويتمنون. ومنه قول الرسول ﷺ: **«ما هذا دعوى أهل الجاهلية** حين سمع مهاجري يقول وينادي: يا للمهاجرين، وآخر أنصارى ينادي: يا للأنصار، فخرج إليهم ثم قال هذا اللفظ، قالوا: لا يا رسول الله إن غلامين مهاجرياً وأنصارياً اقتتلا فكسع أحدهما الآخر فقال: **دعوها إنها منتنه»**[٧]. فقوله: **«ما هذا دعوى أهل الجاهلية»** هو من قبيل الطلب وهو قولهم: يا لفلان كانوا ينادون به عند الأمر الشديد بعضهم لبعض.

خامساً: وجاء في بعض كتب الفقه **الدعوى لغة**: «إضافة الإنسان إلى نفسه شيئاً سواء أكان ملكاً أم استحقاقاً أو صفة أو نحوه من غير

---

(١) جزء من آية ٢٧ سورة الملك.
(٢) لسان العرب ٢٨٢/١٨.
(٣) المرجع السابق.
(٤) يونس: ١٠.
(٥) المجمع الوسيط مجمع اللغة العربية ج٢٨٧/١٠.
(٦) يس: ٥٧.
(٧) شرح صحيح مسلم للنووي ١٣٨/١٦، ومثله في شرح صحيح البخاري ١٩١/٦.

تقييدها بحال المنازعة أو المسالمة[1]، وكأنها مأخوذة من قولهم: ادعى إذا أضاف الشيء إلى نفسه بأن قال: هو لي أو ملكي.

وجاء في بعضها **الدعوى لغة**: «قول يقصد به الإنسان إيجاب حق على غيره لنفسه»[2].

الدعوى في اصطلاح الفقهاء:

اختلفت ألفاظ الفقهاء في تعريف الدعوى شرعاً وإن تقاربت في المعنى، وسأورد لكل مذهب تعريفه الخاص به للدعوى، ثم بعد ذلك أعرف الدعوى عند رجال القانون.

تعريف الدعوى عند الحنفية:

عرفها بعضهم بأنها: «قول مقبول عند القاضي يقصد به طلب حق قبل غيره أو دفعه عن حق نفسه».

وقد قيد القول بالقبول لإخراج كل قول لم تتوفر فيه الشروط المطلوبة لصحة الدعوى ويراد بالقبول القبول الملزم فخرج غيره.

وقوله: «عند القاضي» يفيد الفرق بين الدعوى بمعناها اللغوي والمعنى الشرعي حيث أن الدعوى في اللغة متحققة بالقول المتضمن للطلب سواء كانت عند القاضي أو غيره ويلحق بالقاضي المحكم فيما يجوز فيه التحكيم.

وقوله: «يقصد به طلب حق قبل غيره» احترز بهذا القيد عن الشهادة والإقرار حيث يقصد بها إثبات حق للغير، فالشهادة إخبار بحق للغير على الغير، والإقرار إخبار بحق للغير على المقر.

---

(١) الإنصاف ١١/٣٣٩.

(٢) حاشية ابن عابدين ٧/٣٩٩.

وقوله: «أو **دفعه** عن حق نفسه» هذا القيد يدخل دعوى منع التعرض، فإن للشخص الحق في رفع دعوى منع التعرض، نحو: لو تخاصم شخصان على قطعة أرض كل منهما يدعي أنها تحت يده وبرهن أحدهما على دعواه فكان مدعياً دفع تعرض الآخر حيث أثبت بالبينة أنها في يده والبينة لا تقبل إلا بعد صحة الدعوى، فتبين لنا بهذا المثال صحة دعوى دفع التعرض[١].

وعرفها بعض الأحناف بأنها: «ادعاء شيء معلوم على خصم حاضر في مجلس الحكم دعوى تلزم الخصم أمراً من الأمور».

وقد اشترط في هذا التعريف الحضور للخصم وهذا مبني على أن الحكم للغائب وعليه لا يجوز عند الحنفية[٢].

ويلاحظ على هذا التعريف عدم إدخاله دعوى الولي والوكيل وناظر الوقف فكان غير مانع.

وجاء في مجلة الأحكام العدلية: أن الدعوى «طلب أحد حقه من آخر في حضور الحاكم»[٣]، ويلاحظ عليه ما لوحظ على الذي قبله.

تعريف الدعوى عند المالكية:

هي طلب معين، أو ما في ذمة معين، أو ما يترتب عليه أحدهما معتبرة شرعاً لا تكذبها العادة»[٤].

وقد أورد هذا التعريف بعض شروط الدعوى الصحيحة، قوله في التعريف: «معين» يراد به شرط المعلومية في الحق المدعى به ولا يشمل

---

(١) حاشية ابن عابدين ٧/٤٠٠، وأصول المحاكمات الشرعية ص ٢٠٨.
(٢) معين الحكام للسيوطي الحنفي ١/٥٣.
(٣) مادة ١٦١٣ وهي مقننة من المذهب الحنفي.
(٤) الفروق للقرافي ٤/٧٢.

إلا المطالبة بعين كدعوى أن السلعة المعنية اشتراها منه أو غصبت منه.

وقوله: «أو ما في ذمة معين» فيه إشارة إلى دعوى الدين الذي في الذمة والسلم.

وقوله: «معين» الثانية يقصد به المدين، والمدين قد يكون معيناً بالشخص كزيد أو بالصفة كدعوى الدية على العاقلة.

وقوله: «أو ما يترتب عليه أحدهما» فيه إشارة إلى الحالة التي لا يكون المدعى به فيها حقاً من الحقوق، ولكن يترتب عليه طلب حق معين مثل دعوى المرأة الطلاق على زوجها فيترتب على الطلاق أن تملك عصمتها أو ما يترتب عليه حق في الذمة كدعوى الوارث موت مورثه فيترتب عليه استحقاق الميراث.

وهذا التعريف وإن تعرض لكثير من القيود إلا أنه لم يتعرض لأمر جوهري يفرق بين الدعوى اللغوية والاصطلاحية وهو أن تكون أمام القاضي فكان غير مانع[1].

تعريف الدعوى عند الشافعية:

هي إخبار عن وجوب حق على غيره عند حاكم، ويلاحظ على هذا التعريف عدم تقييده الحق بكونه له ليشمل دعوى الولي والوكيل وناظر الوقف فيكون أدخل دعواهم لمن يمثلونه.

واحترز بقوله: «عن وجوب حق على غيره» من الشهادة والإقرار حيث يقصد بها إثبات حق للغير، وقوله: «عند حاكم» المراد به ما يشمل المحكم.

وقد يؤخذ على هذا التعريف عدم اشتماله على طلب الحق ما لم

(١) المرجع السابق ٤/٧٢.

يضمن الإخبار معنى الطلب فإذا ضمن الإخبار معنى الطلب فلا معنى لهذا المأخذ[1].

تعريف الدعوى عند الحنابلة:

هي إضافة الإنسان إلى نفسه استحقاق شيء في يد غيره أو في ذمته[2].

ونوقش هذا التعريف بعدم تعرضه لذكر إقامة الدعوى لدى القاضي ليميزها عن الدعوى اللغوية فكان غير مانع لأن المطلوب هو تعريف الدعوى الشرعية لا الدعوى بمعناها العام.

ويؤخذ على هذا التعريف أنه حصر الدعوى في نوعين هما: دعوى العين ودعوى الدين في قوله: «في يد غيره أو في ذمته» مع أن الدعوى لا تنحصر في هذين النوعين فقط كما في دعوى النسب فكان غير مانع أيضاً من هذه الناحية.

التعريف المختار للدعوى:

يلاحظ أن جميع التعاريف التي ذكرها الفقهاء للدعوى والتي سبق وأن ذكرناها أشارت إلى أن الدعوى قول يقصد به طلب حق أو طلب معين أو إضافة الشخص إلى نفسه حقاً أو إخبار عن حق، فيتضح لنا أنهم متفقون على أن الدعوى تصرف قولي أمام القاضي وهم بذلك لا يخرجونها عن كونها طلباً، وبهذا يتفقون مع علماء اللغة الذين اعتبروها طلباً، كذلك نستخلص مما سبق أن الدعوى هي: «قول أو ما يقوم مقامه مقبول لدى القاضي يريد به قائله طلب حق له أو لمن يمثله، أو طلب حمايته». وهذا التعريف مأخوذ من تعريف الفقهاء للدعوى ليكون جامعاً

(١) نهاية المحتاج إلى شرح المنهاج ٣٣٣/٨، ومثله في مغني المحتاج ٤٦١/٤.
(٢) كشاف القناع للبهوتي ٣٨٤/٦، ومثله في المغني ٢٧١/٩.

مانعاً حيث أنه بيَّن أن الدعوى تصرف قولي مشروع وهو الأصل ويجوز أن يتم بواسطة الكتابة والإشارة عند عدم القدرة على اللفظ وهذا ما أشار إليه التعريف بقوله: «الدعوى قول أو ما يقوم مقامه»، كما وأنه يميز بين الدعوى اللغوية والدعوى الاصطلاحية باعتبار أنه قيدها بمجلس القضاء، وهو يفرق بين الدعوى وبين الشهادة والإقرار لأن مكانهم مجلس القضاء ويظهر ذلك في قوله: «يقصد به إنسان طلب حق له» فالشهادة والإقرار لا يقصد بهما ذلك، فالشهادة إخبار بحق للغير على الغير والإقرار إخبار بحق للغير على المقر، وكذلك شمل هذا التعريف جميع أنواع الدعاوى المعتبرة عند جمهور الفقهاء بما فيها دعوى منع التعرض المشار إليه بقوله في التعريف: «أو يقصد به طلب حمايته»، وقد استبعد الدعاوى الفاسدة باعتبارها قولاً غير مقبول، وشمل هذا التعريف الدعاوى التي يرفعها غير صاحب الحق من ولي أو وكيل أو ناظر وقف ويظهر هذا بقوله: «أو لمن يمثله الطالب» وبهذا يكون هذا التعريف جامعاً مانعاً[1].

❑ ❑ ❑ ❑ ❑ ❑

---

(١) نظرية الدعوى ١٠١/١، مع بعض التصرف.

الدعوى عند رجال القانون

تمهيد:

إن واضعي قانون المرافعات الفرنسي والذي استمدت منه القوانين فيما بعد عند وضعهم لهذا القانون لم يضعوا للدعوى تعريفاً اعتقاداً منهم بأنه يغلب عليها الصفة الفقهية، وتبعه في هذا قانون المرافعات المصري القديم والجديد وسلك مسكلهم مشروع نظام المرافعات السعودي.

والدعوى في نظر رجال القانون تشغل مركزاً وسطاً بين القانون المدني وقانون المرافعات، لذا فقد تحرز كل من شراح هذين القانونين في الإفاضة فيها اتكالاً منه على الآخر ونتيجة لهذا وذاك نرى نظرية الدعوى يشوبها بعض اللبس والغموض ومما زاد في هذا الغموض هو خلط رجال القانون بين الدعوى والخصومة والمطالبة القضائية، ومما زاد الدعوى لبساً اختلاف رجال القانون المدني في تحقيقهم للدعوى فعندهم نظريتان للدعوى إحداهما قديمة، والأخرى: حديثة.

النظرية التقليدية للدعوى:

عرف أصحاب هذه النظرية الدعوى بأنها «ذات الحق الموضوعي» فالحق يبقى ساكناً فإذا ما اعتدى عليه تحرك للدفاع عن نفسه، وعلى هذا لا يفرق أصحاب هذه النظرية بين الدعوى والحق، فالدعوى عندهم هي الحق متحركاً أمام القضاء فالحق يظل ساكناً ما لم ينازع فيه فإذا نوزع فيه دخل الحق دور الحركة والنشاط، وبناءً على هذا قالوا: إن الدعوى والحق متحدان ركناً وموضوعاً وسبباً وشروطاً وأنهما يولدان سوياً وبنفس الصفات، فالدعوى العينية تنشأ بنشوء الحق العيني وتأخذ صفته العينية وتخضع في وجودها لشروط الحق نفسه وموضوعها هو موضوع الحق.
وهذا ليس بصحيح لأن وجود الدعوى لا يعني وجود الحق فالشخص

الذي يلجأ إلى القضاء يطالب بحقه يعتبر مطالباً ما دام لم يقض له ثم يصير صاحب حق بعد أن يقضى له، فالمدعي يسمى مدعياً قبل إقامته البينة ويسمى محقاً بعد إقامتها والقضاء له(١).

والذوق العربي يستعمل لفظ الدعوى على الزعم المجرد عن الحجة ولا يستعمل هذا اللفظ ليدل على القول المدعوم بالحجة والبرهان.

النظرية الحديثة للدعوى:

عرف أصحاب هذه النظرية الدعوى بأنها:

أ ـ سلطة الالتجاء إلى القضاء للحصول على تقرير حق أو حمايته.

ب ـ وعرفها بعضهم «بأنها سلطة الالتجاء إلى القضاء بقصد الحصول على تقرير حق أو حمايته.

جـ ـ ويعرفها ديجي في كتابه شرح القانون الدستوري بقوله: «الدعوى هي حماية لقاعدة مقررة في القانون»(٢).

وجاء في المرافعات المدنية والتجارية: أن هذه التعريفات لا تستقيم إذ كيف تعرف الدعوى بأنها سلطة أو وسيلة لحماية الحق ثم بعد ذلك يقال: إنها عنصر من عناصره مما دعا بعض رجال القانون إلى تعريفها بقوله: «الدعوى هي سلطة الالتجاء إلى القضاء بقصد الوصول إلى احترام القانون»(٣). وهذا التعريف يفرق بين الدعوى والحق، فالدعوى حق شخصي مستقل عن الحق الذي تحميه فالدعوى شيء وحق الإنسان

---

(١) أصول المرافعات، د. أحمد مسلم ٣١١/١، والمرافعات المدنية والتجارية، د. أحمد أبو الوفا ١٠٨/١.

(٢) المراجع السابقة.

(٣) أحمد أبو الوفا ١١٠/١.

بالقيام به شيء آخر، وهذا يتفق مع ما دعا إليه الفقه الإسلامي من التفرقة بين الدعوى والحق لأنه لا يوجد هناك تلازم بين الدعوى والحق.

* * *

المبحث الثاني
تعريف الخصومة لغة واصطلاحاً

سبق أن عرفنا الدعوى لغة وشرعاً وحققنا التعاريف ورجحنا المختار وذكرنا تعريف رجال القانون لها[١]. وقبل تبيان الفرق بين الدعوى والخصومة لا بد من تعريف الخصومة لغة وشرعاً لنعرف ماهيتها.

تعريف الخصومة لغة:

قال في تاج العروس لمحمد مرتضى الزبيدي: الخصومة الجدل، خاصمه خصاماً ومخاصمة وخصومة، والخصام القول الذي يسمع المصيخ ويولج في صماخه ما يكفه عن زعمه ودعواه[٢].

وقال في لسان العرب: الخصومة الجدل، خاصمه خصاماً ومخاصمة فخصمه يخصمه خصماً غلبه بالحجة، والخصومة الاسم من التخاصم والإخصام، وخصمك الذي يخاصمك وجمعه خصوم، وقد يكون الخصم للاثنين والجمع والمؤنث، والخصيم كالخصم والجمع خصماء، وقيل للخصمين: خصمان لأخذ كل واحد منها في شق من اللجاج[٣].

---

(١) ص ٤٥ وما بعدها.
(٢) تاج العروس ٣٧٨/٨.
(٣) لابن منظور ٧٠/١٥.

الخصومة في الاصطلاح:

لم يتعرض كثير من الفقهاء لتعريف الخصومة واكتفوا بتعريفها اللغوي وكأنها واضحة المفهوم عندهم لذا لم يتعرضوا لتعريفها شرعاً وذلك لاتحاد المعنى اللغوي والشرعي.

وممن تعرض لتعريف الخصومة من المحدثين أنور العمروسي في كتابه أصول المرافعات الشرعية حيث قال: الخصومة قول مقبول عند القاضي يقصد به طلب حق قبل غيره أو دفع الخصم عن حق نفسه[1].

* * *

المبحث الثالث
الفرق بين الدعوى والخصومة

من تعريف كل من الدعوى والخصومة تبين لنا أن هناك فروقاً بينهما نجملها فيما يأتي:

١ ـ أن شروط قبول الدعوى تختلف عن شروط قبول الخصومة.

٢ ـ أن الدعوى تستند دائماً إلى حق، أما الخصومة فهي تقوم بمجرد اتخاذ الإجراءات الشكلية.

٣ ـ أن انقضاء الخصومة لأي سبب من الأسباب دون الفصل في موضوعها لا يؤثر على حق رافع الدعوى إلا إذا سقط ذلك بالتقادم عند من يقول به، وهذا الانقضاء لا يمنع من تجديد المطالبة القضائية فمن يتنازل عن خصومة لا يعتبر متنازلاً عن الحق الذي يدعيه[2].

---

(١) ٢٠٧/١.

(٢) المرافعات المدنية والتجارية، د. أحمد أبو الوفا ١١٦/١.

٤ ـ وهناك فرق رابع ذكره أنور العمروسي في كتابه أصول المرافعات الشرعية وهو أن الخصومة لا تكون إلا أمام قاضي بخلاف الدعوى التي يجوز رفعها إلى من يرضون تحكيمه[١].

مشروعية الدعوى من الكتاب:

الدعوى حق مشروع لصاحبه رفع الدعوى متى شاء دل على ذلك الكتاب والسنة والإجماع.

أما الكتاب فمنه ما يأتي:

أ ـ قول الله عز وجل: ﴿وَإِذَا حَكَمْتُم بَيْنَ ٱلنَّاسِ أَن تَحْكُمُواْ بِٱلْعَدْلِ﴾[٢].

ب ـ وقوله تعالى: ﴿إِنَّ ٱلَّذِينَ كَفَرُواْ بِـَٔايَٰتِنَا سَوْفَ نُصْلِيهِمْ نَارًا كُلَّمَا نَضِجَتْ جُلُودُهُم بَدَّلْنَٰهُمْ جُلُودًا غَيْرَهَا لِيَذُوقُواْ ٱلْعَذَابَ إِنَّ ٱللَّهَ كَانَ عَزِيزًا حَكِيمًا ﴿٥٦﴾﴾[٣].

ج ـ وقوله تعالى: ﴿إِنَّآ أَنزَلْنَآ إِلَيْكَ ٱلْكِتَٰبَ بِٱلْحَقِّ لِتَحْكُمَ بَيْنَ ٱلنَّاسِ بِمَآ أَرَىٰكَ ٱللَّهُ وَلَا تَكُن لِّلْخَآئِنِينَ خَصِيمًا ﴿١٠٥﴾﴾[٤].

د ـ وقوله تعالى: ﴿إِنَّمَا كَانَ قَوْلَ ٱلْمُؤْمِنِينَ إِذَا دُعُوٓاْ إِلَى ٱللَّهِ وَرَسُولِهِۦ لِيَحْكُمَ بَيْنَهُمْ أَن يَقُولُواْ سَمِعْنَا وَأَطَعْنَا وَأُوْلَٰٓئِكَ هُمُ ٱلْمُفْلِحُونَ ﴿٥١﴾﴾[٥].

---

(١) ٢٠٧/١.

(٢) النساء: ٥٨.

(٣) النساء: ٥٦.

(٤) النساء: ١٠٥.

(٥) النور: ٥١.

هـ ـ وقوله تعالى: ﴿فَٱحۡكُم بَيۡنَهُم بِٱلۡقِسۡطِۚ إِنَّ ٱللَّهَ يُحِبُّ ٱلۡمُقۡسِطِينَ﴾[1].

فقد دلت جميع الآيات السابقة على مشروعية الدعوى حيث بينت لنا وجوب فض المنازعات بالعدل إذا رفعت للحاكم ومعنى فض المنازعة وفصل الخصومة أن تكون هناك دعوى صادرة من مدع قبل مدعى عليه فالقضاء وظيفة يقوم بها القاضي والدعاوى هي مادة القضاء الأساسية فهي إذن تدل على مشروعية الدعاوى.

مشروعية الدعوى من السنة:

١ ـ عن ابن عباس رضي الله عنه أن النبي ﷺ قال: «**لو يعطى الناس بدعواهم لادعى ناس دماء رجال وأموالهم، ولكن اليمين على المدعى عليه**»[2].

٢ ـ ما ورد عن أم سلمة هند بنت أبي أمية زوج النبي ﷺ أنها قالت: جاء رجلان يختصمان في مواريث بينهما قد درست، ليس بينهما بينة فقال رسول الله ﷺ: «**إنكم تختصمون إلي وإنما أنا بشر ولعل بعضكم ألحن بحجته من بعض، وإنما أقضي بينكم على نحو ما أسمع، فمن قضيت له من حق أخيه شيئاً فلا يأخذ فإنما أقطع له قطعة من النار**»[3].

٣ ـ ما روي أن حبيبة بنت سهل جاءت إلى رسول الله ﷺ وكانت تحت ثابت بن قيس بن شماس الأنصاري وأعلنت أنها لا تريد البقاء مع

---

(١) المائدة: ٤٢.

(٢) رواه مسلم في الجامع الصحيح ١٢٨/٥.

(٣) رواه الجماعة، عن نيل الأوطار للشوكاني ٣١٤/٨.

زوجها وأنها في مقابل ذلك ترد له ما أعطى فاستحضره رسول الله ﷺ وقال له: «**خذ منها**»، فأخذ منها وجلست في أهلها[1].

٤ ـ ما ورد أن رجلاً من الأنصار خاصم الزبير رضي الله عنه إلى رسول الله ﷺ في سقي نخل له وكانت أرض الزبير أقرب إلى الماء من أرض خصمه فقال رسول الله ﷺ للزبير: «**اسق أرضك ثم ارسل الماء إلى أرض جارك**»، فقال الرجل: لأجل أنه ابن عمتك؟ فتلون وجه رسول الله ﷺ وقال للزبير: «**اسق ثم احبس الماء حتى يبلغ الجدر**»[2].

قال ابن حجر الهيثمي في كتابه تحفة المحتاج شرح المنهاج بعد سياق بعض الآثار قال: فهذه وكثير غيرها نماذج من أقضية الرسول ﷺ بين خصوم قد أتوا عليه ولم ينكر عليهم التداعي عليه فكان ذلك مشروعاً بالسنة[3].

مشروعية الدعوى بالإجماع:

والرسول ﷺ قد بعث صحابته إلى الأمصار وكان من عملهم قبول الدعاوى من الخصوم والفصل فيها كل على قدر اجتهاده ومن بعده فعل ذلك الخلفاء الراشدون ففصلوا الخصومات والمنازعات التي تثور بين الناس وأرسلوا بعض الصحابة والتابعين للأمصار ليتولوا أمر الفصل في شؤون المسلمين وسار المسلمون على ذلك خلفاً عن سلف على وجوب القيام بهذا المرفق من مرافق الأمة وإعطائه العناية البالغة ولم ينكر أحد على أحد فكان إجماعاً.

---

(١) رواه البخاري في باب الخلع ٦/٧.

(٢) رواه البخاري في صحيحه في باب الشرب ١٤٥/٣.

(٣) حواشي تحفة المحتاج بشرح المنهاج ٢٨٦/١٠.

جاء في البحر الرائق: ودليل الدعوى مأخوذة من الكتاب والسنة والإجماع وهي شهيرة[1].

وجاء في المغني لابن قدامة: والأصل في الدعوى قول النبي ﷺ: **«لو يعطى الناس بدعاواهم لادعى قوم دماء قوم وأموالهم ولكن اليمين على المدعى عليه»**[2].

وجاء في تحفة المحتاج بشرح المنهاج: والأصل في الدعوى قوله تعالى: ﴿وَإِذَا دُعُوٓاْ إِلَى ٱللَّهِ وَرَسُولِهِۦ لِيَحۡكُمَ بَيۡنَهُمۡ إِذَا فَرِيقٞ مِّنۡهُم مُّعۡرِضُونَ ۝٤٨﴾[3].

وخبر الصحيحين: **«لو يعطى الناس بدعاواهم»**، وفي رواية: **«البينة على المدعي واليمين على من أنكر»**[4].

وجاء في الاختيار في كتاب الدعوى: والأصل في الباب قوله ﷺ: **«لو ترك الناس ودعواهم لادعى قوم دماء قوم وأموالهم، لكن البينة على المدعى واليمين على المدعى عليه»، وفي رواية: «واليمين على من أنكر»، ويروى أن حضرمياً وكندياً اختصما بين يدي رسول الله ﷺ في شيء فقال للمدعي: «ألك بينة؟** قال: لا، فقال: **لك يمينه ليس لك غير ذلك»**[5].

* * *

(١) البحر الرائق شرح كنز الدقائق لابن نجيم ١٩٣/٧.

(٢) المغني لابن قدامة ٢٧٢/٥.

(٣) النور: ٤٨، تحفة المحتاج بشرح المنهاج لابن حجر الهيثمي ٢٨٥/١.

(٤) سبق تخريجه ص ٥٩.

(٥) الاختيار لتعليل المختار، عبدالله الموصلي الحنفي ١٠٩/٢.

المبحث الرابع
صلة الدعوى بالحق

لما كانت الدعوى وسيلة لحماية الحق فلا بد من إيضاح ما تدل عليه مادة الحق في اللغة وفي الاصطلاح.

فالحق لغة: الثابت الذي لا يسوغ إنكاره وهو ضد الباطل.

جاء في تاج العروس: الحق نقيض الباطل، وجمعه حقوق، وليس له بناء أدنى وهو مصدر مؤكد لغيره، ويقال: ما لي فيك حق أي: خصومة[(١)].

وفي الاصطلاح: لا يخرج تعريف الحق عما عرفه به أهل اللغة.

جاء في الوجيز: وعلى هذا التعريف اللغوي استعمله الفقهاء أيضاً فأطلقوه على كل ما هو ثابت ثبوتاً شرعياً أي: بحكم الشارع وإقراره وكان به بسبب ذلك حمايته سواء كان ذلك الحق نقداً أو عرضاً أو حيواناً أو مثليات أو ديوناً على غيره أو عقارات كالأرض وما اتصل بها أو منافع كمنفعة المستعار والمستأجر والمساقاة[(٢)].

وجاء في البحر الرائق شرح كنز الدقائق: أن الحق ما استحقه الإنسان[(٣)].

تعريف الحق عند رجال القانون:

كثر الكلام عند رجال القانون في تعريفهم للحق ولم يتفقوا على وضع حد له ولعل من أوضحها ما ذكره الشرقاوي في كتابه (نظرية الحق)

---

(١) لابن منظور ٣٣٢/١١.
(٢) الوجيز في الدعوى والإثبات في الشريعة الإسلامية، د. شوكت عليان ص١٧.
(٣) لابن نجيم ٢١٥/٧.

بعد أن ذكر كلاماً كثيراً واختلافاً أكثر لا فائدة من ذكره هنا قال: والمختار: أن الحق قدرة لشخص من الأشخاص على أن يقوم بعمل معين يمنحها القانون ويحميها تحقيقاً لمصلحة يقرها[1].

ولا يتعارض هذا التعريف للحق مع ما قرره الفقه الإسلامي من قبل إلا أن مصدر الفقه الإسلامي الكتاب والسنة ومصدر القوانين الوضعية وضع البشر.

وبعد تحديد معنى كل من الدعوى والحق في اللغة وفي الاصطلاح وبيان ذلك لدى رجال القانون وقد اخترنا من تعريفهم ذلك التعريف الذي يميز بين الدعوى والحق والذي يبين أن الدعوى ليست هي الحق الموضوعي الذي تحميه ولا عنصراً من عناصره وإنما هي حق مستقل بذاته، وأشرنا إلى أن هذا التعريف يتفق مع ما سبق إليه الفقه الإسلامي من قبل، وبهذا يتفق القانون مع الفقه الإسلامي في تمييزه بين الدعوى والحق، فالدعوى هي الإجراء والتصرف الذي يتضمن طلب حق أمام القاضي والحق هو ذلك الشيء المتنازع عليه بسبب إنكاره أو الاعتداء عليه، ومن الفوارق بين الدعوى والحق أن الدعوى قد توجد دون وجود الحق كدعاوى الحيازة. والله أعلم.



المبحث الخامس
سبب الدعوى

السبب في اللغة: هو ما يمكن التوصل به إلى مقصود ما ومنه سمي الحبل سبباً.

---

(١) نظرية الحق، جميل الشرقاوي ١٣/٢.

جاء في القاموس المحيط: والسبب الحبل وما يتوصل به إلى غيره[1].

وفي الاصطلاح: هو كل وصف ظاهر منضبط دل الدليل السمعي على كونه معرفاً لحكم شرعي.

جاء في الأحكام للآمدي: قال: وإطلاقه «أي: السبب» في اصطلاح المتشرعين على بعض مسمياته في اللغة؟ وهو كل وصف ظاهر منضبط دل الدليل السمعي على كونه معرفاً لحكم شرعي[2].

وعلى هذا يكون سبب الدعوى هو إرادة المدعي نفسه فهي التي ترتبط الدعوى بها وجوداً وعدماً[3]، وسبب إقامتها تحصيل الحقوق التي يترتب عليها بقاء نسل الإنسان أو بقاء نفسه أو ما يتبعها كما في النكاح والأموال.

وفي القانون يختلف رجاله في وضع سبب للدعوى وذلك تبعاً لاختلافهم في ماهية الدعوى واكتفى بما ذهب إليه الأكثرية منهم حيث قالوا: إن سبب الدعوى هو المنازعات نفسها[4]. فإذا حصل نزاع حول الحق الموضوعي كان هذا النزاع سبباً للدعوى وقد تبنى هذا السبب أصحاب التعريف الذي اخترناه للدعوى من تعاريف رجال القانون لها[5].



(١) للفيروزآبادى ٨١/١.

(٢) ١١٨/١.

(٣) نظرية الدعوى، محمد نعيم ١٣٨/١.

(٤) المرافعات المدنية والتجارية، د. أحمد أبو الوفا ص١١٣.

(٥) سبق ص ٥٢.



الفصل الثاني
أركان الدعوى

الأركان في اللغة:

الأركان: جمع ركن، والركن الجانب القوي، وركن الشيء ما يمسكه عن السقوط كأركان البيت.

قال في قاموس المحيط: والركن ـ بالضم ـ الجانب الأقوى[1].

وفي الاصطلاح: هو ما يكون به قوام الشيء ووجوده بحيث يعد جزءاً منه داخلاً في ماهيته[2].

إذا كان هذا هو الركن في اللغة وفي الشرع فما هو ركن الدعوى أو أركان الدعوى.

ذهب الأحناف إلى أنه ليس للدعوى إلا ركن واحد وهو إضافة الشخص شيئاً لنفسه حال المنازعة كقوله: «هذه العين لي»، أو لي عند فلان كذا، أو قضيت حق فلان ونحوه.

جاء في بدائع الصنائع: أما ركن الدعوى فهو قول الرجل: لي على فلان، أو قبل فلان كذا، أو قضيت حق فلان، أو أبرأني عن حقه ونحو

---

(١) للفيروزآبادي ٤/٢٢٩.

(٢) المدخل الفقهي العام، مصطفى الزرقاء ١/٣٠٠.

ذلك، فإذا قال ذلك فقد تم الركن[1].

وقال في شرح مجلة الأحكام العدلية: وركن الدعوى إضافة الحق إلى نفسه إن كان أصيلاً أو إلى من ناب المدعي منابه كما في الوكيل وأب الصغير ووصيه عند النزاع متعلق بإضافة الحق[2].

وينظر باقي المذاهب إلى الدعوى بمنظار آخر فبعد التمعن في كثير منها تبين لنا أنهم لا ينصون على أركان أو ركن الدعوى وإنما يشرعون في الكلام عن الأركان بعد التعريف مباشرة دون الإشارة إلى أن هذا ركن أو طرف.

وقد تطرق بعض المحدثين إلى النص على الأركان فقد جاء في الوجيز في الدعوى والإثبات: «ولما كانت الدعوى تستلزم مدع ومدعي عليه ومدعى به، إذاً فأركانها ثلاثة ولا بد من بيان كل واحد من هذه الأركان لأنه لا وجود لها إلا به فكل واحد من الثلاثة جزء من الماهية»[3].

وجاء في فقه الإمام جعفر الصادق قال: وأركانها ثلاثة: المدعي والمدعى عليه والمدعى به[4].

وبهذا القول أخذ القانون الوضعي جاء في أصول المرافعات قال: للدعوى في المرافعات أركان لا تنهض بدونها فهي تقوم على وجود مدعي ومدعى عليه ومدعى به»، وقال: لا تقوم الدعوى لدى القضاء إلا بتوافر أركانها مدع ومدعى عليه ومدعى به[5].

---

(١) للكاساني ٦/٢٢٢.

(٢) شرح مجلة الأحكام العدلية لعلي حيدر ٢/٣٧٢.

(٣) الوجيز في الدعوى والإثبات، د. شوكت عليان ١/١١.

(٤) فقه الإمام جعفر الصادق، محمد جواد مغنية ٦/٧٤.

(٥) أصول المرافعات، د. أحمد مسلم ١/٣١٧.

ويتحرج بعض المحدثين من ذكر الركن للدعوى فيقول: أطراف الدعوى[1]، والطرف بمعنى الركن لغة كما جاء في قاموس المحيط حيث قال: وأطراف جمع طرف، والطرف الناحية وطائفة من الشيء[2].

وممن أشار إلى أطراف الدعوى أنور العمروسي قال: وأطراف الدعوى هي الأمور التي تستلزمها بحيث لا تتصور دعوى بدونها وهي أربعة: مدعي وهو طالب الحق، ومدعى عليه وهو المطلوب منه الحق، ومدعى به وهو الحق الذي يطلبه المدعي من المدعى عليه، ودعوى وهو القول الذي يصدر من المدعي ليفيه أن له حقاً قبل المدعى عليه كقول الشخص: هذا لي[3].

مناقشة ورأي:

تبين لنا مما سبق أن المحدثين والحنفية يتفقون على اعتبار الصيغة ركناً من أركان الدعوى ويخالف المحدثين الحنفية في اعتبار المدعي والمدعى عليه والمدعى به أركاناً في الدعوى.

ويخالف الجمهور الجميع فلا يشيرون إلى الأركان أو الركن حيث ثبت لدي بالاستقصاء عدم الإشارة إلى هذه الأركان منهم وإنما يكتفون بالكلام مباشرة على هذه الأركان دون أيما اعتبار لهذه التسمية. لكن ما ذهب إليه المحدثين من اعتبار أركان الدعوى أربعة أولى بالأخذ به من غيره، وهذا التقسيم مناسب لأنه إذا سقط أحد هذه الأركان الأربعة فلا وجود لقيام الدعوى، فالدعوى متوقفة على اكتمال هذه الأركان ولأن كل واحد منها جزء من الماهية وعلى هذا التقسيم سيكون كلامنا في هذا البحث بعد تعريف كل من المدعي والمدعى عليه:

---

(١) نظرية الدعوى، محمد نعيم ١/١٨٥.

(٢) قاموس المحيط للفيروزآبادي ٣/١٦٨.

(٣) في كتابه أصول المرافعات الشرعية ١/٢٠٥.

١ ـ مبحث في شروط الركن الأول: المدعي.

٢ ـ مبحث في شروط الركن الثاني: المدعى عليه.

٣ ـ مبحث في شروط الركن الثالث: الدعوى أو صيغة الدعوى.

٤ ـ مبحث في شروط الركن الرابع: المدعي أو المدعى به.

* * *

المبحث الأول
التعريف بالمدعي والمدعى عليه

اختلفت عبارات الفقهاء في وضع حد لكل من المدعي والمدعى عليه على النحو الآتي:

١ ـ قال الحنيفة: اختلفت عبارات المشايخ في تحديدهما، قال بعضهم: المدعى من إذا ترك الخصومة لا يجبر عليها، والمدعى عليه من إذا ترك الجواب يجبر عليه. وقال بعضهم: المدعي من يلتمس قبل غيره لنفسه عيناً أو ديناً أو حقاً، والمدعى عليه من يدفع ذلك عن نفسه. وقال بعضهم: ينظر إلى المتخاصمين أيهما كان منكراً فالآخر يكون مدعياً. وقال بعضهم: المدعي من يخبر عما في يد غيره لنفسه، والمدعى عليه من يخبر عما في يد نفسه لنفسه فيفصلان بذلك عن الشاهد والمقر[1].

٢ ـ وقال المالكية: ليس كل طالب مدعياً وليس كل مطلوب مدعى عليه ولأجل ذلك وقع الخلاف بين العلماء فيها في عدة مسائل فضابط المدعي والمدعى عليه فيه عبارتان للأصحاب إحداهما: أن المدعي هو

---

(١) بدائع الصنائع ٢٢٤/٦، ومثله في فتح القدير لابن الهمام ١٣٩/٥، ومثله في الاختيار لتحليل المختار لعبدالله الموصلي الحنفي ١٠٩/٢.

أبعد المتداعيين سبباً، والمدعى عليه هو أقرب المتداعيين سبباً. والعبارة الثانية وهي توضح الأولى المدعي من كان قوله على خلاف أصل أو عرف، والمدعى عليه من كان قوله على وفق أصل أو عرف(١).

وجاء في الفواكه الدواني: أن المدعي من اقترنت دعواه بالمرجح وهذا قريب من قول خليل: المدعي من تجرد قوله عن مصدق، والمدعى عليه من ترجح قوله بمفهوم أو أصل أو تقول، المدعي هو الذي يقول: كان، والمدعى عليه هو الذي يقول: لم يكن(٢).

٣ ـ وقال الشافعية: اختلفت عبارة الأئمة في حد المدعي والمدعى عليه. فمنهم من قال: المدعي من يثبت شيئاً والمدعى عليه من ينفي شيئاً. ومنهم من قال: المدعي من يقول بالاختيار والمدعى عليه من يجيب بالاضطرار. ومنهم من قال: المدعي من إذا سكت ترك وسكوته والمدعى عليه من لا يترك وسكوته(٣).

٤ ـ وقال الحنابلة: المدعي من إذا سكت ترك والمدعى عليه من إذا سكت لم يترك. هذا هو المذهب وعليه جماهير الأصحاب. وقيل: المدعي من يدعي خلاف الظاهر وعكسه المنكر، وقيل: المدعي من يلتمس بقوله أخذ شيء من يد غيره وإثبات حق في ذمته والمدعى عليه من ينكر ذلك، وقيل: المدعي هو الطالب والمدعى عليه هو المطلوب، وقيل: المدعي من يدعي أمراً باطناً خفياً والمنكر من يدعي أمراً ظاهراً جلياً(٤).

وجاء في المغني والشرح الكبير قال: المدعي من إذا سكت ترك،

---

(١) الفروق للقرافي ٧٥/٤.
(٢) على رسالة ابن أبي زيد القيرواني لأحمد بن غنيم المالكي ١٦٨/٣.
(٣) أدب القاضي لابن أبي الدم ١٤٣/١.
(٤) الإنصاف لعلي بن سليمان المرداوي ٣٦٩/١١.

والمنكر من إذا سكت لم يترك، وقيل: المدعي من يلتمس بقوله أخذ شيء من يد غيره وإثبات حق في ذمته والمدعى عليه من ينكر ذلك وقد يكون كل واحد منهما مدعياً ومدعى عليه[١].

مناقشة ورأي:

بعد استعراض ما قاله الفقهاء في المدعي والمدعى عليه تبين لنا جلياً أنهم مجمعون على أن البينة على المدعي واليمين على المنكر ولكن من المدعي ليطالب بالبينة ومن المدعى عليه ليطالب باليمين هذا هو الذي حدا بالفقهاء على أن يضعوا حداً لهما فاختلفت ألفاظهم وإن كانت متقاربة في المعنى. وهم يتفقون كذلك على أن المدعي هو الطالب وأن المدعى عليه هو المطلوب.

والذي أراه أنه يجب في مثل هذا أن تعطى الحرية فيه للقاضي ليحدد هو بنفسه وذكائه المدعي من المدعى عليه حسب مقتضيات الأحوال وهذا يؤول بنا إلى وجوب اختيار القاضي الكفء الذكي الفطن ليوثق من أحكامه.

وقد سبقنا إلى هذا الرأي بعض الأحناف.

جاء في فتح القدير قال محمد: في الأصل المدعى عليه هو المنكر وهذا صحيح لكن الشأن في معرفته والترجيح بالفقه عند الحذاق من أصحابنا رحمهم الله لأن الاعتبار للمعاني دون الصور فإن المودع إذا قال: رددت الوديعة فالقول له مع اليمن وإن كان مدعياً للرد صورة لأنه ينكر الضمان معنى[٢].

وجاء في الاختيار بعد أن ذكر بعض الفروق بين المدعي والمدعى

---

(١) المغني لابن قدامة موفق الدين، ومثله في الشرح الكبير لابن قدامة أبي الفرج ١٦٢/١٢.

(٢) لابن الهمام ١٣٨/٥، ومثله في بدائع الصنائع للكاساني ٢٢٤/٦.

عليه قال: وجميع العبارات متقاربة وينبغي أن يعرف ذلك بالمعنى لا بالصورة والفقيه إذا أمعن النظر وأنعم الفكر ظهر له ذلك بتوفيق الله(١).

قال ابن المسيب: من عرف الفرق بين المدعي والمدعى عليه فقد عرف وجه القضاء.

وبهذا الرأي أخذ مشروع نظام المرافعات السعودي فلم يضع حداً للمدعي والمدعى عليه وجعل الأمر في ذلك موكولاً للقاضي(٢).

شروط المدعي والمدعى عليه:

قبل الشروع في الشروط يحسن لنا أن نعرف الشرط لغة واصطلاحاً.

معنى الشرط لغة واصطلاحاً:

الشرط لغة: العلامة اللازمة ومنه قوله تعالى: ﴿فَقَدْ جَآءَ أَشْرَاطُهَا﴾ أي: علاماتها. والشرط ـ بفتح الراء ـ مفرد الإشراط، أما الشرط ـ بسكون الراء ـ فجمعه شروط كذا في الصحاح.

أما الشرط في الاصطلاح: فهو ما يتوقف وجود الحكم على وجوده وجوداً شرعياً بأن يوجد الشرط ويكون خارجاً عن حقيقة المشروط والشرط يلزم من عدمه عدم الحكم ولا يلزم من وجوده وجود ولا عدم لذاته كالوضوء شرط في صحة الصلاة إذا انتفى تنتفي الصلاة وهو خارج عن حقيقتها لأنه ليس جزء منها ومع هذا لا يلزم من وجود الوضوء وجود الصلاة فقد يتوضأ ولا يصلي(٣).



---

(١) التعليل المختار، عبدالله الموصلي الحنفي ١٠٩/٢.

(٢) مشروع نظام المرافعات السعودي ١٢/١.

(٣) أصول الفقه الإسلامي، د. بدران أبو العينين بدران ٢٨٩/٩.

المبحث الثاني
في شروط الركن الأول والثاني «المدعي والمدعى عليه»

أولاً: أن يكون كل منهما عاقلاً فلا تقبل الدعوى من المجنون ولا تقام عليه وهذا محل اتفاق بين الفقهاء.

جاء في البحر الرائق: أن من شروط الدعوى المصححة لها عقل المدعي والمدعى عليه[1].

وجاء في حاشية ابن عابدين: أن أهلها العاقل[2].

وجاء في بدائع الصنائع قال: وأما الشرائط المصححة للدعوى فأنواع، منها: عقل المدعي والمدعى عليه فلا تصح دعوى المجنون ولا تصح الدعوى عليه[3].

وجاء في مجلة الأحكام العدلية: أنه يشترط أن يكون المدعي والمدعى عليه عاقلين ودعوى المجنون ليست بصحيحة[4].

وجاء في كتاب الأنوار: أن يكون المتداعيان مكلفين[5] والمجنون ليس بمكلف.

وجاء في الشرح الكبير: أن الدعوى والإنكار لا تصح إلا من جائز التصرف[6]، والمجنون ليس تصرفه جائزاً.

وجاء في فقه الإمامية الجعفرية اشتراط العقل في المدعي والمدعى

---

(١) البحر الرائق شرح كنز الدقائق لابن نجيم ٢٠٩/٣.
(٢) ٥٤٣/٥.
(٣) للكاساني ٢٢٢/٦.
(٤) ص ٣٢١.
(٥) الأنوار لأعمال الأبرار في فقه الإمام الشافعي، يوسف الأردبيلي ٤٥٩/٢.
(٦) المغني والشرح الكبير ١٦٢/١٢.

عليه، قال: ودليل هذا الشرط البديهة والضرورة[1].

ثانياً: الشرط الثاني: أن يكون كل منهما بالغاً:

اختلف الفقهاء في هذا الشرط على قولين:

١ ـ الأحناف ومن تبعهم يقولون بعدم اشتراط البلوغ في المدعي والمدعى عليه ويجيزون الدعوى من الصبي المميز كما يجيزون إقامتها ضده ويشهد لهذا القول ما جاء في كتبهم.

جاء في كتاب بدائع الصنائع: أنها لا تصح دعوى الصبي الذي لا يعقل وكذا لا تصح الدعوى عليه[2]. ومفهومه إجازة دعوى الصبي المميز وإقامتها ضده.

وجاء في حاشية ابن عابدين قال: وأهلها العاقل المميز ولو صبياً[3].

وجاء في مجلة الأحكام العدلية: أن دعوى الصبي غير المميز ليست بصحيحة[4].

من هذه النصوص اتضح لنا أن الحنفية لا يشترطون البلوغ في المدعي والمدعى عليه وذلك لإجازتهم للصبي المميز أن يقيم الدعوى وأن يجيب عنها إذا رفعت ضده دون أي قيد أو شرط وقد نسب محمد نعيم في كتابه نظرية الدعوى إلى الحنفية شرط الإذن من الولي للصبي المميز لتصح دعواه ولم أر هذا القيد في كتب الحنفية المعتبرة والتي ذكرت بعض النصوص عنها، فقد قال محمد نعيم ما نصه: «ذهب الحنفية إلى أنه يجوز للصبي المميز المأذون له أن يرفع الدعوى وأن

---

(١) فقه جعفر الصادق، محمد جواد مغنية ٧٥/٦.

(٢) للكاساني ٢٢٢/٦.

(٣) ٥٤٣/٥.

(٤) ٣٢١/١.

يكون مدعى عليه وذلك لأن الدعوى والجواب عليها من التصرفات الدائرة بين النفع والضرر فتصح من الصبي الذي أذن له وليه ولا تصح ممن لم يأذن له»[1].

والذي يظهر لي من قول الحنفية أنهم يجيزون دعوى الصبي المميز دون إذن الولي وأن الصبي الذي لم يميز لا تصح دعواه إلا بإذن وليه ويشهد لقولي هذا ما جاء في درر الحكام شرح غرر الأحكام وأهلها العاقل المميز والدعوى من الصبي المحجور عليه غير صحيحة، أما الصبي المأذون له فدعواه صحيحة إن كان مدعياً وإن كان مدعى عليه فجوابه صحيح[2].

٢ ـ وذهب جمهور العلماء إلى اشتراط البلوغ في المدعي والمدعى عليه وأن الدعوى لا تسمع من الصبي المميز حتى يبلغ ولا تقام ضده ولا يلزمه الجواب على الدعوى لأنه لا يصح إقراره.

جاء في كتاب الأنوار قال: أن يكون المتداعيان مكلفين[3] والمكلف هو البالغ العاقل.

وجاء في أسنى المطالب: وشرط المدعي أن يكون مكلفاً ملتزماً غالباً معيناً وأن يدعي أنه يملك المدعى به أو وكيله وأن يكون ممن يستقل بإنشاء الدعوى متفرداً. وشرط المدعى عليه أن يكون مكلفاً ملتزماً غالباً معيناً وأن يكون ممن يمكن استيفاء الحق منه من غير استحالة وأن يكون منكراً أو مقراً ممتنعاً[4].

وجاء في الروض المربع قال: ولا تصح الدعوى والإنكار إلا من

---

(١) ٢٧٦/١.
(٢) محمد بن فراموز ٣٣٠/٢.
(٣) الأنوار لأعمال الأبرار في فقه الإمام الشافعي، يوسف الأردبيلي ٤٥٩/٢.
(٤) شرح روضة الطالب، أبي زكريا الانصاري الشافعي ٣٩١/٤.

جائز التصرف وهو الحر المكلف الرشيد[1].

وجاء في فقه الإمامية الجعفرية قال: الشرط الثاني البلوغ فلا تسمع من الصبي حتى ولو كان مميزاً لعدم صحة الإقرار منه[2].

وفي المذهب المالكي لم أر نصاً يدل على اشتراط العقل والبلوغ وجاء في بعض كتبهم ما يفيد أن الصبي المميز إذا كان يصح إقراره صحت دعواه، فقد جاء في مواهب الجليل على مختصر خليل قال: تسمع الدعوى إذا كان المدعى عليه يصح إقراره فإن كان ممن لا يصح إقراره فليس للحاكم أن يسمع الدعوى ممن لا يصح إقراره[3]، فدل هذا على اشتراطهم العقل لأن المجنون لا يصح إقراره وكذا البلوغ لأن الصبي لا يصح إقراره فلا تسمع دعواهم.

والخلاصة مما مضى أن الجمهور يعتبرون الأهلية كاملة في الدعوى وأن الأحناف يجيزون الدعوى من الصبي المميز فهم يجيزون الأهلية الناقصة.

شرط الأهلية لدى رجال القانون:

يشترط القانون تمام الأهلية فلا يجيز الدعوى إلا من البالغ العاقل. جاء في أصول المرافعات تحت شرط الأهلية: يجب أن يكون كل من المدعي والمدعى عليه أهلاً للتقاضي[4].

وجاء في قواعد المرافعات: أن حدود الأهلية وكيفية اكتسابها وفقدانها تتعين وفقاً لقوانين الدولة التي ينتمي إليها الخصوم وتختلف

---

(١) شرح زاد المستقنع للبهوتي ص ٥٢٦.
(٢) لمحمد جواد مغنية ٧٦/٦.
(٣) ١٢٦/٦.
(٤) أحمد مسلم ص ٣٣٣.

باختلاف هذه القوانين[١].

وجاء في المذكرة التفسيرية عند المادة الرابعة منه: رفع الدعوى من فاقد أهلية أو عليه يؤدي إلى عدم القبول وإلى البطلان ويرجع إلى القانون الموضوعي لتحديد الأهلية اللازمة للتقاضي[٢].

وقد أشار نظام المرافعات السعودي إلى اشتراط الأهلية جاء في مشروع هذا النظام المادة «٨٠» قال: الدفع بعدم اختصاص المحكمة النوعي أو الدفع بعدم قبول الدعوى لانعدام الأهلية تحكم به المحكمة من تلقاء نفسها ويجوز في أي مرحلة تكون فيها الدعوى[٣].

ثالثاً: الشرط الثالث: أن يكون كل من المدعي والمدعى عليه ذا صفة في الدعوى، والمراد بالصفة أن يكون كل منهما ذا شأن في القضية معترفاً به شرعاً بحيث يراه المشرع كافياً لتخويل المدعي حق الادعاء، ولتكليف المدعى عليه بالجواب والمخاصمة. ذلك أن المقصود من مشروعية الدعوى هو فصل الخصومة وقطع النزاع بين المتخاصمين بإيصال الحق إلى صاحبه وبانتزاعه ممن هو في يده بغير حق ولا يتأتى ذلك إلا بتحديد من له حق المطالبة ومن تتوجه إليه المطالبة حتى يتأتى الفصل بينهما وتقوم الدعوى على أساس صحيح.

جاء في الوجيز، أن تكون بلسان المدعي سواء أكان المدعي يدعي الحق لنفسه أو لمن هو نائب عنه[٤].

ويذهب الشيعة الإمامية إلى ذلك. يشير إلى هذا:

ما جاء في فقه الإمام جعفر الصادق: «أن تكون الدعوى لنفسه أو

---

(١) محمد العشماوي ص ٥٨٩.

(٢) التعليق على نصوص قانون المرافعات الجديد، د. أحمد أبو الوفا ص٤.

(٣) مشروع نظام المرافعات السعودي مادة (٨٠) ص١٢.

(٤) الوجيز في الدعوى والإثبات، شوكت عليان ص١٣.

لمن له الدعوى عنه بالولاية أو الوكالة أو الوصاية أو القيمومة أو الأمانة أو الحسبة[1].

وبهذا يتضح أن هذا الشرط محل اتفاق بين فقهاء الشريعة جاء في نظرية الدعوى: أن فقهاء الشريعة اتفقوا على اشتراط الصفة المخولة للادعاء والمخولة لتلقيه لصحة أية دعوى[2].

شرط الصفة لدى رجال القانون:

يجمع رجال القانون على شرط الصفة لكل من المدعي والمدعى عليه إلا أن بعضهم يجعله شرطاً مستقلاً والبعض الآخر يدمجه في شرط المصلحة عند شرط المصلحة الشخصية ولا يهمنا هذا التفريق حيث أنه شرط متفق عليه.

جاء في أصول المرافعات: والشرط الثاني لقبول الدعوى الذي يجمع الفقه والقضاء على استلزامه والذي لم ينص عليه القانون لبداهته يتعلق بأشخاص الدعوى المدعي والمدعى عليه وهو شرط الصفة فيجب أن تكون للمدعي صفة في المطالبة بما يدعيه ويجب أن يكون للمدعى عليه صفة في توجيه الدعوى أو الطلب إليه ويكون المدعي ذا صفة في المطالبة إذا كان هو صاحب الحق المطالب به أو كان نائباً عن صاحب الحق بأن كان وكيلاً عنه أو وصياً أو قيماً عليه أو كان بصفة عامة لممثله القانوني، فإذا كان مجرد نائب عن صاحب الحق وجب أن يبين صفته كما يجب أن يذكر الأصيل الذي هو ينوب عنه حتى يكون واضحاً شخص من تنهض باسمه المطالبة ومن ينصرف إليه أثر الحكم.

---

(١) لمحمد جواد مغنية ٦/٧٦.

(٢) نظرية الدعوى، محمد نعيم عبدالسلام ١/٢٨٠.

ويسمى شرط الصفة في المدعي شرط المصلحة الشخصية كذلك[1].

وبهذا الشرط أخذ مشروع نظام المرافعات السعودي فقد جاء في المادة (٨٠) من مشروع هذا النظام: «الدفع بعدم اختصاص المحكمة النوعي أو الدفع بعدم قبول الدعوى لانعدام الصفة تحكم به المحكمة من تلقاء نفسها ويجوز في أية مرحلة تكون فيها الدعوى»[2].

* * *

المبحث الثالث
شروط الركن الثالث «صيغة الدعوى»

من النظر في كتب الفقه تبين لنا أن هناك شروطاً اتفق الفقهاء عليها وأخرى اختلفوا فيها لصيغة الدعوى وسنعرض هنا هذه الشروط موجزة ثم نتكلم عن كل واحد منها:

١ ـ أن تكون الدعوى بلسان المدعي عيناً إذا لم يكن به عذر إلا إذا رضي المدعى عليه بلسان غيره.

٢ ـ أن يذكر المدعي أنه يطالبه بالحق الذي يدعيه لأن حق الإنسان إنما يجب إيفاؤه بطلبه.

٣ ـ أن لا يتناقض المدعي في دعواه.

٤ ـ أن تكون بتعبيرات جازمة وقاطعة.

٥ ـ أن يصرح المدعي في دعواه بأن خصمه يضع يده على المدعى به بغير حق.

---

(١) أحمد مسلم ص٣٣٣.

(٢) مشروع نظام المرافعات السعودي ص١٢.

٦ ـ أن يطلب المدعي في دعواه من القاضي مطالبة المدعى عليه بالجواب.

٧ ـ أن تكون الدعوى في مجلس القضاء[١].

التفصيل:

الشرط الأول:

١ ـ أن تكون الدعوى بلسان المدعي عيناً.

وهذا الشرط محل خلاف بين الفقهاء فمنهم من شرطه بقيود ومنهم من لم يشترطه على قولين:

١ ـ ذهب الإمام أبو حنيفة إلى أن الدعوى لا تقبل إلا أن تكون بلسان المدعي سواء ادعى الشيء لنفسه أو لمن هو نائب عنه وذلك بقيدين، هما: أن لا يكون في المدعي عذر مقبول وأن لا يرفض المدعى عليه أن تكون بلسان غير المدعي من وكيل أو غيره.

جاء في بدائع الصنائع قال: ومنها أي: من شروط الدعوى «أن يكون بلسانه عيناً إذا لم يكن به عذر إلا إذا رضي المدعى عليه بلسان غيره عند أبي حنيفة ولا تصح دعواه عنده حتى لا يلزم الجواب ولا تسمع عنه البينة[٢]».

٢ ـ وذهب المالكية والشافعية والحنابلة والظاهرية وصاحبي أبي حنيفة إلى عدم اشتراط أن تكون الدعوى بلسان المدعي عيناً وجوزوا التوكيل بالخصومة رضي المدعى عليه أو لم يرض سواء أكان بالمدعي

---

(١) بدائع الصنائع ٢٢٢/٦، وأسنى المطالب ٣٩١/٤، والمغني والشرح الكبير ٤٥٠/١١.

(٢) للكاساني ٢٢٢/٦.

عذر أم ليس به عذر[1]، جاء في المغني والشرح الكبير قال: «ويجوز التوكيل في مطالبة الحقوق وإثباتها والمحاكمة فيها حاضراً كان الموكل أو غائباً صحيحاً أو مريضاً[2].

وجاء في بدائع الصنائع قال: «وعندهما (أي: أبي يوسف ومحمد) ليس بشرط أي: ـ كون الدعوى بلسانه عيناً ـ حتى لو وكل المدعي بالخصومة من غير عذر ولم يرض به المدعى عليه فتصح دعواه حتى يلزم بالجواب وتسمع[3].

والخلاصة أن الأئمة في هذه المسألة على قولين:

١ ـ قول يمنح سماع الدعوى ما لم يتحقق أحد شرطين.

٢ ـ وقول يجيز سماع الدعوى من الوكيل متى ما كانت الوكالة شرعية رضي المدعى عليه أم لم يرض.

الأدلة:

أدلة أبي حنيفة: استدل رحمه الله بالمنقول والمعقول.

فمن المنقول: ما روي عن عبدالله بن جعفر رضي الله عنهما أن سيدنا علي رضي الله عنه كان لا يحضر الخصومة وكان يقول: إن للخصومة قحماً[4] يحضرها الشياطين، فجعل الخصومة إلى عقيل رضي الله عنه فلما كبر ورق حولها إلي (أي جعفر)، وكان علي يقول:

---

(١) الشرح الصغير على أقرب المسالك إلى مذهب مالك أحمد بن محمد بن أحمد الدردير ٢٣١/٤، والأنوار لأعمال الأبرار في فقه الشافعي ٤١٥/٢، والمغني والشرح الكبير ٢٠٤/٥، والمحلى لابن حزم ٤٤٦/٩، وبدائع الصنائع ٢٢٢/٦.

(٢) المغني والشرح الكبير ٢٠٤/٥.

(٣) للكاساني ٢٢٢/٦.

(٤) القحم: المهالك.

ما قضي لوكيلي فلي وما قضي على وكيلي فعلي[1].

وجه الدلالة: أن علياً عليه السلام لم يكن ممن لا يرضى أحد بتوكيله فكان توكيله برضا الخصم، ونوقش هذا الدليل بغموض وجه الدلالة فيه وأن له محملاً آخر أوضح منه.

واستدل بالمعقول: فقال: إن الناس في الخصومات يختلفون فبعضهم أشد خصومة من الآخر فربما يكون الوكيل ألحن بحجته فيعجز من يخاصمه عن إحياء حقه فيتضرر به فيشرط رضا الخصم ليكون لزوم الضرر مضافاً إلى التزامه[2]، والضرر ممنوع شرعاً، ونوقش أن المدعي قد يناله ضرر كذلك إذا لم يوكل حيث قد يكون من الناس الذين لا يحبون أن يتولوا الخصومات فكما قد ينال المدعى عليه ضرر من الوكالة إذا قلنا بالمنع فإنه أيضاً قد ينال المدعي ضرر أيضاً والضرر ممنوع شرعاً.

أدلة الجمهور:

استدل الجمهور على قولهم بالمنقول والمعقول:

أ ـ الدليل النقلي: هو الأثر الذي استدل به أبو حنيفة إلا أن الاختلاف في وجه الاستدلال وذلك أنهم قالوا: إن علياً وكل للخصومة في عهد أبي بكر وعثمان فقد وكل عقيلاً عند أبي بكر ووكل جعفر عند عثمان وقال: ما قضي له فلي وما قضي عليه فعلي، ولم يستثن رضاء الخصم فدل على جواز التوكيل رضي الخصم أو لم يرض.

ونقل في المغني: أن هذا إجماع للصحابة لأن قصة علي انتشرت

---

(١) صح عن علي، أخرجه البيهقي عن عبدالله بن جعفر في باب التوكيل في الخصومات. عن نصب الراية ٩٤/٤.

(٢) للكاساني ٢٢٢/٦.

لدى الصحابة ولم يعرف له مخالف ولا منكر[1]. جاء في المغني والشرح الكبير قال: فصل: ويجوز التوكيل في مطالبة الحقوق وإثباتها والمحاكمة فيها حاضراً كان الموكل أو غائباً صحيحاً أو مريضاً[2].

ب ـ **دليلهم العقلي**: أن التوكيل بالخصومة صادف حق الموكل فلا يقف على رضا الخصم كالتوكيل باستيفاء الدين لأن الدعوى حق المدعي والإنكار حق المدعى عليه فقد صادف التوكيل من المدعي والمدعى عليه حق نفسه فلا يقف على رضا خصمه كما لو كان خاصمه بنفسه[3].

والراجح هو ما ذهب إليه الجمهور: وهو جواز الوكالة في الخصومة رضي المدعى عليه أو لم يرض لسلامة أدلتهم ولوضوح وجه الدلالة من الأثر الذي استدلوا به فهو ظاهر جلي لقولهم. كما أن رأي الجمهور هو الذي يتلاءم ومشاكل العصر اليوم وبهذا القول يفتي الأحناف. جاء في مجلة الأحكام العدلية في المادة ١٥١٦: لكل من المدعي والمدعى عليه أن يوكل من شاء بالخصومة ولا يشترط رضا الآخر[4].

وبهذا القول أخذ مشروع نظام المرافعات السعودي جاء في المادة (٥٣) قال: في اليوم المعين لنظر الدعوى يحضر الخصوم بأنفسهم أو من ينوب عنهم شرعاً فإذا كان النائب وكيلاً تعين كونه ممن له حق التوكيل حسب النظام أو ممن تربطه بالموكل قرابة ويعتبر قريباً في هذا الحكم الزوجين أو أصولهما أو أحد أصول الموكل أو فروعه أو أحد حواشيه إلى الدرجة الثالثة[5].

---

(١) المغني والشرح الكبير ٢٠٤/٥.
(٢) المرجع السابق.
(٣) بدائع الصنائع ٢٢/٦، والمغني والشرح الكبير ٢٠٤/٥.
(٤) ص٢٩٤.
(٥) ص٨.

وجاء في تعميم رئيس القضاة وكتاب العدل برقم ٣/٦٥٩ في ١٣٨٦/٣/٦هـ: يجب على من يشتغل بالمحاماة والمرافعة أن يبرز رخصة المحاماة التي أهلته لذلك، وفي المادة (٥٩) من تنظيم الأعمال الإدارية في الدوائر الشرعية قال: لكل شخص حق التوكيل بلا تقييد.

وبقول الصاحبين والجمهور أخذت جميع القوانين فأجازت المحاماة ونظمتها[١]، ومما يؤيد هذا القول أن كثيراً من الناس لا يحب أن يدخل مجلس القضاء ولو أن الحق له وليس به عذر فإغلاق هذا الباب يؤدي إلى ضياع حقه.

الشرط الثاني:

٢ ـ أن يذكر المدعي أنه يطالبه بالحق الذي يدعيه لأن حق الإنسان إنما يجب إيفاؤه بطلبه أو يكتفى من المدعي أن يحضر إلى مجلس القضاء فيقول ما لديه من دعوى، قولان للفقهاء:

أولاً: ذهب الحنفية والشافعية في رأي إلى أنه لا بد من ذكر المطالبة في الدعوى لدى القاضي فيقول المدعي بعد عرض دعواه: وأنا أطالبه بهذا الشيء، أو أنا أريد أن يعطيني ما أخذ مني[٢].

جاء في بدائع الصنائع: قال في شروط الدعوى... ومنها: أن يذكر أنه يطالبه بالحق الذي يدعيه[٣].

ثانياً: وذهب الحنابلة والمالكية والقول الآخر للحنفية والشافعية إلى أن شاهد الحال كاف لأن يسأل القاضي الجواب من المدعى عليه[٤] فالحضور إلى مجلس القضاء يدل على المطالبة.

---

(١) المرافعات المدنية والتجارية، د. أبو الوفا ١٠٢/١.

(٢) بدائع الصنائع ٢٢٢/٦، وأدب القاضي لابن أبي الدم ١٥٥/١.

(٣) بدائع الصنائع ٢٢٢/٦.

(٤) المغني والشرح ٤٥٠/١١، والشرح الصغير على أقرب المسالك لمذهب مالك ٢١١/٤، وحاشية ابن عابدين ٥٤٧/٥، وأدب القاضي لابن أبي الدم ١٥٥/١.

جاء في المغني والشرح الكبير قال: إذا حرر المدعي دعواه فللحاكم أن يسأل خصمه الجواب قبل أن يطلب منه المدعي ذلك[١].

وجاء في الشرح الصغير على أقرب المسالك قال: ثم بعد أن يذكر المدعي دعواه يأمر القاضي المدعى عليه بالجواب[٢].

وجاء في حاشية ابن عابدين: فلو قال للقاضي: لي عليه عشرة دراهم ولم يزد على ذلك لم يصح ما لم يقل للقاضي مره يعطيه وقيل: يصح وهو الصحيح[٣].

وجاء في أدب القاضي لابن أبي الدم قال: إذا حرر المدعي الدعوى هل يسأل الحاكم المدعى عليه عن الدعوى قبل أن يسأله المدعي سؤاله فيه وجهان[٤].

فالحاصل أن الفقهاء في هذه المسألة على قولين:

قول يشترط لصحة الدعوى ذكر المطالبة بالحق من المدعي ضد المدعى عليه.

وقول يكتفى من المدعي بالحضور إلى مجلس القضاء فيعرض قضيته ويذكر الحق الذي يدعيه.

الأدلة: المسألة ليس فيها نص والاستدلال قائم على العقل فدليل أصحاب القول الأول هو أن حق الإنسان إنما يجب إيفاؤه بطلبه[٥]. فإذا لم يطلبه فلا يجب إيفاؤه به.

واستدل أصحاب القول الثاني بأن شاهد الحال يدل على المطالبة

---

(١) المغني والشرح ١١/٤٥٠.
(٢) في مذهب مالك، أحمد الدردير ٤/٢١١.
(٣) ٥/٥٤٧.
(٤) ١/١٥٥.
(٥) بدائع الصنائع ٦/٢٢٢.

فالدعوى والحضور لمجلس القضاء دليل على المطالبة[1].

والذي نراه هو ما ذهب إليه أصحاب القول الثاني لقوة توجيههم ولأن القضاء وظروفه وتخصص القضاة والمحاكم المعدة لقبول الشكايات دليل على أنها محل الأحكام وفض المنازعات والخصومات وأن هذا هو أكثر عملهم فلا تتوقف الأحكام على المطالبة بالحق في الدعوى وشاهد الحال قرينة قوية، وبهذا أخذت القوانين فلم تشترط هذا الشرط في شروط صحة الدعوى[2]، وسار على نهجهم مشروع نظام المرافعات السعودي[3].

الشرط الثالث:

٣ ـ أن لا يتناقض المدعي في دعواه:

والتناقض في اللغة ضد الإبرام، والتناقض في القول أن يتكلم بما يتناقض معناه أي: يتخالف[4].

والمراد به معنا هنا أن لا يسبق من المدعي ما يعارض دعواه بحيث يستحيل الجمع بين الكلامين مثاله لو ادعى شخص أن هذه الدار لغيره ثم ادعاها لنفسه فلا تسمع دعواه لوجود التناقض وهذا الشرط محل اتفاق بين الفقهاء[5].

---

(١) المغني والشرح ٤٥٠/١١.
(٢) المرافعات المدنية والتجارية، عبدالحميد أبو هيف ٣٢٣/١.
(٣) ص١٢.
(٤) قاموس المحيط ٣٤٧/٢.
(٥) بدائع الصنائع ٢٢٣/٦، حاشية ابن عابدين ٥٤١/٥، الشرح الصغير على أقرب المسالك إلى مذهب مالك، أحمد الدردير ١٨٧/٤، كتاب الأنوار، يوسف الأردبيلي الشافعي ٤٥٩/٢، والفواكه العديدة في المسائل المفيدة، أحمد بن محمد النجدي ٢٥٣/٢.

واستدلال الفقهاء على اشتراطهم هذا الشرط من الناحية العقلية قالوا: إنه يستحيل الجمع بين الكلامين الأول والثاني فلو ادعى أن هذه الدار لغيره من الناس ثم في اليوم الثاني يدعيها لنفسه فكيف تجمع بين الدعويين في عين واحدة.

جاء في بدائع الصنائع قال: ومن شروط صحة الدعوى عدم التناقض وهو أن لا يسبق منه ما يناقض دعواه لاستحالة وجود الشيء مع ما يناقضه وينافيه حتى لو أقر بعين في يده لرجل فأمر القاضي بدفعها إليه ثم ادعى أنه كان اشتراها منه قبل ذلك لأن الشراء يوجب الملك للمشتري فكان مناقضاً للإقرار، والإقرار يناقضه فلا يصح[1].

وجاء في كتاب الأنوار قال: ولو ادعى أن الدار التي في يد فلان ملكي ورثتها من أبي ثم ادعى في اليوم الثاني أنها ملكي ورثتها من عمي أو اشتريتها منه أو من فلان لم تسمع الثانية وبطلت الأولى أيضاً للمناقضة[2].

وهذا الشرط الذي أخذ به جميع الفقهاء وجعلوه شرطاً لصحة قبول الدعوى لم تأخذ به القوانين الوضعية[3]. ولم يعدوه شرطاً لصحة الدعوى وتبعهم في هذا مشروع نظام المرافعات السعودي[4].

الشرط الرابع:

أن تكون الدعوى بتعبيرات جازمة وقاطعة بحيث تشتمل الدعوى على قول المدعي ويلزمه التسليم إلي أو منعني حقي من الأداء ونحوه ولا تصح الدعوى إذا كانت ظنية، نحو: أظن أن لي عنده كذا أو أشك

---

(١) بدائع الصنائع ٦/٢٢٣.

(٢) الأنوار، يوسف الأردبيلي الشافعي ٢/٤٥٩.

(٣) المرافعات المدنية والتجارية، عبدالحميد أبو هيف ١/٣٢٣.

(٤) ص١٢.

إلا في دعاوى الاتهام وهي الدعوى الجنائية.

جاء في نظرية الدعوى: أن هذا الشرط ليس محل خلاف بين الفقهاء[1].

جاء في شرح روض الطالب: أن تكون الدعوى ملزمة فلو ادعى على غيره هبة أو ديناً أو بيعاً أو نحوه مما الغرض منه تحصيل الحق فليذكر في دعواه وجوب التسليم كأن يقول: ويلزمه التسليم إلي أو هو ممتنع من الأداء الواجب عليه لأنه قد يرجع الواهب ويفسخ البائع ويكون الدين مؤجلاً أو من عليه مفلساً[2].

وجاء في حاشية الدسوقي: فيدعي بمحقق احترز به عن غيره، نحو: لي عليه دينار في ظني أو وهمي فلا تسمع دعواه في غير دعوى الاتهام، وأما إذا قال: أتهمه بسرقة دينار مثلاً فإن دعواه تسمع[3].

وجاء في الإنصاف: وأنه إذا ادعى بيعاً أو هبة لا تسمع إلا أن يقول: ويلزمه التسليم إلي[4].

وجاء في شرائع الإسلام: ولا بد من إيراد الدعوى بصيغة الجزم فلو قال: أظن أو أتوهم لم تسمع وكان بعض من عاصرنا يسمعها في التهمة[5].

فالفائدة: أن الفقهاء متفقون على اشتراط هذا الشرط. وقد نقل في نظرية الدعوى كما مر أن هذا الشرط ليس محل خلاف بين الفقهاء وأن الدعوى الجنائية مستثناة من هذا الشرط فهي تسمع ولو لم تكن محققة

---

(١) نظرية الدعوى ٤١١/١.

(٢) شرح روضة الطالب للإمام زكريا الأنصاري الشافعي ٣٩١/٤.

(٣) حاشية الدسوقي على شرح أحمد الدردير ١٦٩/٤ ـ ١٧٠.

(٤) الإنصاف، علاء الدين أبي الحسن علي بن سليمان المرداوي ٢٧٦/١١.

(٥) شرائع الإسلام لجعفر بن الحسن، فقه جعفري ٨٢/٣.

لحفظ أعراض العباد وأموالهم، أما القانون الوضعي فلم يأخذ بهذا الشرط ولم يدرجه رجاله ضمن شروط صحة الدعوى[١] واقتفى أثره مشروع نظام المرافعات السعودي[٢].

الشرط الخامس:

أن يصرح المدعي في دعواه بأن خصمه يضع يده على المدعى به بغير حق وهذا في دعوى المنقول، وذلك لاحتمال أن يكون وضع يده عليه حق كأن يكون بإذن الشرع أو بإذن المالك نفسه كما يحتمل أن يكون المدين مانعاً الدين عن صاحبه بحق أيضاً كما لو كان على المدعي دين فأراد أن يقاصص به[٣]، وهذا الشرط الذي صرح به بعض الحنفية[٤] هو عين المقصود بشرط المطالبة الذي تكلمنا عنه في الشرط الثاني فليراجع[٥].

الشرط السادس:

أن يطلب المدعي في دعواه من القاضي مطالبة المدعى عليه بالجواب.

اختلف الفقهاء في هذا الشرط على قولين:

١ ـ ذهب بعض الحنفية والإمامية الجعفرية إلى اشتراط هذا الشرط وقالوا: إن على الخصم بعد الانتهاء من دعواه أن يسأل القاضي جواب الخصم عنها وأنه ليس للقاضي سؤاله[٦].

---

(١) المرافعات المدنية والتجارية، عبدالحميد أبو هيف ٣٢٣/١.
(٢) ص١٢.
(٣) نظرية الدعوى ٤١٧/١.
(٤) تكملة فتح القدير ١٤٩/٦.
(٥) نظرية الدعوى ٤١٧/١.
(٦) بدائع الصنائع ١٣/٧.

جاء في شرائع الإسلام قال: إذا تمت الدعوى هل يطالب القاضي المدعى عليه بالجواب أم يتوقف ذلك على التماس المدعي فيه تردد، والوجه أنه يتوقف لأنه حق له يقف على المطالبة[1].

٢ ـ وذهب الجمهور إلى عدم اشتراط هذا الشرط. جاء في المغني والشرح قال: إذا حرر المدعي دعواه فللحاكم أن يسأل خصمه الجواب قبل أن يطلب منه المدعي ذلك[2]. وعلى هذا يكون الفقهاء في هذه المسألة على قولين:

القول الأول: يشترط هذا الشرط.

والقول الثاني: لا يشترطه.

أدلة القول الأول:

١ ـ استدلوا بالقياس وقالوا: إن القاضي مأمور بعدم تهييج الخصومة بأي شكل من الأشكال فإذا طلب القاضي الجواب من الخصم من غير أن يسأله المدعي طلبه كان ذلك نوع تهييج للخصومة فيكون ممنوعاً[3]. ويرد على استدلال بعض الأحناف أن الخصومة قد قامت بدعوى المدعي وإحضار الخصم إذا كان في نية المدعي قطع الخصومة أو الرجوع عنها فهو غير مجبر عليها بخلاف المدعى عليه، ويرد على دليل الأحناف أيضاً أن العادة في مثل هذا تقوم مقام سؤال القاضي وأن المدعي مراده من دعواه الجواب عليها وإن لم يسأل القاضي سؤال خصمه[4].

---

(١) شرائع الإسلام في الفقه الإسلامي الجعفري.
(٢) المغني والشرح الكبير ٤٥٠/١١، وشرح روض الطالب من أسنى المطالب لزكريا الأنصاري الشافعي ٣٩٢/٤، وتبصرة الحكام ٣٨/١.
(٣) نظرية الدعوى ٤١٩/١، وبدائع الصنائع ١٣/٧.
(٤) تبصرة الحكام لابن فرحون ٣٨/١.

٢ ـ واستدل الجمهور على عدم اشتراط هذا الشرط بالاستحسان وقالوا: إن الاستحسان يقتضي عدم هذا الشرط، ووجه أن المدعي قد يمنعه هيبة مجلس القضاء من طلب الجواب فيضيع حقه[(١)].

واستدلوا بالمعقول فقالوا: إن شاهد الحال من إحضار الخصم والدعوى عليه تغني عن النطق بسؤال القاضي[(٢)].

والذي نراه راجحاً هو ما ذهب إليه الجمهور لقوة أدلتهم العقلية حيث لا نص يوجد في المسألة ولأنه أكثر مسايرة لمشاكل ومتطلبات العصر وبقول الجمهور أخذت القوانين الوضعية في علم المرافعات فلم تجعله ضمن شروط صحة الدعوى[(٣)]، وعليه أيضاً سار مشروع نظام المرافعات السعودي[(٤)].

الشرط السابع:

أن تكون الدعوى في مجلس القضاء.

والمراد بمجلس القضاء المكان الذي يجلس فيه القاضي لتلقي الخصوم سواء أكان في المسجد أو في البيت أو في مكان خاص أعد للقضاء، وقد اتفق الفقهاء على هذا الشرط[(٥)] وقالوا: يجب أن تثار الدعوى في مجلس من عنده الخلاص وهو القاضي أو نائبه.

جاء في بدائع الصنائع: قال تحت شروط صحة الدعوى:

---

(١) بدائع الصنائع ١٣/٧، ونظرية الدعوى ٤١٩/١.

(٢) المغني والشرح ٤٥٠/١١، وتبصرة الحكام في أصول الأقضية ومناهج الأحكام ٣٧/١ ـ ٣٨.

(٣) المرافعات المدنية والتجارية، أبو هيف ٣٢٣/١.

(٤) ص١٢ من المشروع.

(٥) بدائع الصنائع ٢٢٢/٦، الشرح الصغير على أقرب المسالك، أحمد الدردير ٢٠٧/٤، والأنوار لأعمال الأبرار يوسف الأردبيلي الشافعي ٤١٥/٢.

...ومنها مجلس الحكم فلا تسمع الدعوى إلا بين يدي القاضي أو نائبه[1].

وجاء في الأحكام السلطانية قال: فإن قلد الحكم بين من ورد إليه في داره أو مسجده صح ولم يجز له أن يحكم في غير داره ولا في غير مسجده لأنه جعل ولايته مقصورة على من ورد إلى داره ومسجده وهم لا يتعينون إلا بالورود إليها[2].

ومن هذا يفهم أن القاضي إذا خصص للقضاء في مكان معين اشترط في صحة الدعوى أن ترفع في هذا المكان كما هو الحال في عصرنا الحاضر حيث جعلت مجالس القضاء في أماكن خاصة هي المحاكم فلا يجوز سماع الدعوى في غيرها[3].

وهذا الشرط يجرنا إلى الكلام في مواضع، هي:

١ ـ مكان القاضي وصفته وهل لولي الأمر تقييده.

٢ ـ القضاة الذين لهم الاختصاص.

٣ ـ أعوان القضاة.

٤ ـ موظفو المحكمة.

الأول: مكان القاضي وصفته الأصل أن جميع الأمكنة والأزمنة صالحة لتلقي الخصوم والنظر فيما يجري بينهم من خصومات ومشاكل ووجوب حلها وفضها. وقد نظم فقهاؤنا الإجراء الذي يتخذه المتنازعون للوصول إلى مكان القضاء وذكروا صفات استحبوا أن توجد وتتحقق في مجلس القضاء، منها: كون مجلس القضاء بارزاً ليهتدي إليه الناس دون

---

(١) للكاساني ٦/٢٢٢.

(٢) لأبي يعلى محمد بن الحسين الفراء الحنبلي ص٦٩، ومثله في الأحكام السلطانية لعلي بن محمد ابن حبيب الشافعي ص٧٣.

(٣) نظرية الدعوى ١/٤٢١.

مشقة في البحث عنه ومنها: أن يكون فسيحاً واسعاً لئلا يتضايق منه القاضي ومن معه والخصوم وهذا ما تسعى الدول المتمدنة إلى تحقيقه اليوم.

جاء في المغني والشرح الكبير: ويستحب أن يجعله ـ أي: القضاء ـ في موضع بارز للناس فسيح كالرحبة والفضاء الواسع كالجامع[١].

وجاء في بدائع الصنائع: ويجلس القاضي للقضاء في أشهر المجالس ليكون أرفق بالناس[٢].

حكم اتخاذ المسجد مكاناً للقضاء:

اختلف الفقهاء في حكم اتخاذ المسجد مكاناً للقضاء اختلافاً بسيطاً وتحقيقاً للفائدة أشرنا إلى هذه الآراء باختصار:

١ ـ ذهب الحنفية والحنابلة إلى جواز اتخاذ المساجد مجالس للقضاء.

جاء في البحر الرائق قال: ويقضي في المسجد[٣].

وجاء في المغني والشرح الكبير: ولا يكره القضاء في المساجد فعل ذلك شريح والحسن والشعبي ومحارب بن دينار. وروي عن عمر وعثمان وعلي أنهم كانوا يقضون في المسجد[٤].

٢ ـ وذهب الشافعية إلى أنه يكره أن يجعل المسجد مجلساً للقضاء، قال الشافعي في الأم: أحب أن يقضي القاضي في موضع بارز للناس لا يكون دونه حجاب وأن يكون متوسطاً للمصر وأن يكون في غير

---

(١) ٣٨٨/١١.

(٢) بدائع الصنائع ١٣/٧.

(٣) البحر الرائق ٣٠٢/٦.

(٤) المغني والشرح ٣٨٨/١١.

المسجد لكثرة من يغشاه لغير ما بنيت له المساجد[1].

٣ ـ واختلفت الرواية عن مالك فنقل عنه الاستحباب والكراهة وجمع سحنون من المالكية بين الأمرين فاتخذ بيتاً في المسجد.

جاء في تبصرة الحكام لابن فرحون المالكي قال فيما يتعلق بمجلس القاضي: أن يجلس في المسجد مستقبل القبلة لأن القضاء في المسجد من الأمر القديم وهو الحق والصواب. قال مالك: لأنه لا يرضى فيه بالدون من المجلس وهو أقرب إلى الناس ويصل إليه الضعيف والمرأة والأحسن أن يكون مجلس قضائه حيث الجماعة جماعة الناس وفي المسجد الجامع إلا أن يعلم ضرر ذلك بالنصارى وأهل المملل والنساء الحيض فيجلس في رحبة المسجد وقد اتخذ سحنون بيتاً في المسجد الجامع يقعد فيه للناس ليحول ذلك بينهم وبين كلامهم وكثرة لغطهم[2].

وجاء في حاشية الدسوقي على الشرح الكبير قال: واعلم أن المسألة ذات طريقتين، الأولى: لمالك في الواضحة وهي استحباب الجلوس في الرحاب وكراهته في المسجد. والثانية: استحبابه جلوسه في نفس المسجد وهو ظاهر قول المدونة والمعول على ما في الواضحة[3].

والحاصل: أن الفقهاء في هذه المسألة على ثلاثة أقوال:

١ ـ الجواز في المسجد مطلقاً وهو قول الحنفية والحنابلة.

٢ ـ الاستحباب وهو منقول عن المالكية.

٣ ـ يكره القضاء في المسجد وهو قول الشافعية ولكل وجهته ودليله.

---

(١) الأم الشافعي ٢٢١/٦.
(٢) تبصرة الحكام لابن فرحون ٢٦/١.
(٣) لمحمد عرفة الدسوقي ١٣٧/٤.

الأدلة:

استدل الفريق الأول بالسنة والآثار والمعقول.

١ ـ فمن السنة:

أ ـ ما روى أبو هريرة رضي الله عنه قال: «أتى رجل رسول الله ﷺ وهو في المسجد فناداه فقال: يا رسول الله إني زنيت، فأعرض عنه فلما شهد على نفسه أربعاً قال: **أبك جنون؟** قال: لا، قال: **اذهبوا به فارجموه**[١]»[٢].

وجه الدلالة: حكم الرسول على من أقر بارتكاب الجريمة بالحد وكان ذلك الإقرار والحكم في المسجد فدل على جوازه.

ب ـ وقد روي عن كعب بن مالك أنه قال: «تقاضيت ابن أبي حدرد ديناً في المسجد حتى ارتفعت اصواتنا فخرج النبي ﷺ فأشار إلى أن ضع من دينك الشطر، فقلت: نعم يا رسول الله، قال: **فقم فاقضه**»[٣].

وجه الدلالة: حصول الدعوى والمطالبة والحكم في المسجد حيث قبل الرسول ﷺ الدعوى وحكم فيها داخل المسجد فدل على جوازه.

٢ ـ واستدلوا بآثار رويت عن كثير من الصحابة تدل على جواز أن يكون المسجد مكاناً للقضاء.

جاء في المغني والشرح الكبير قال: قال الشعبي: رأيت عمر وهو مستند إلى القبلة يقضي بين الناس وقد نقل ابن قدامة الإجماع فقال: ولنا

---

(١) الرجل هو ماعز بن مالك.

(٢) رواه البخاري في كتاب الخصومات. وهذا الحديث أخرجه البخاري في باب سؤال الإمام المقر هل أحصنت ١٠٠٨/٢، وأخرجه مسلم في الحدود ٦٦/٢، وأخرجه أبو داود في باب حد الزنا باب الرجم ٢٥٢/٢.

(٣) رواه البخاري ومسلم وأبو داود والنسائي وابن ماجه عن نصب الراية ٧١/٤.

إجماع الصحابة بما قد رويناه عنهم[1].

٣ ـ واستدلوا بالمعقول فقالوا: إن القضاء قربة وطاعة وإنصاف بين الناس فلم يكره في المسجد[2].

أدلة القول الثاني وهم القائلون بالاستحباب: استدلوا بالكتاب والسنة:

فمن الكتاب قوله تعالى: ﴿وَهَلْ أَتَىٰكَ نَبَؤُا۟ ٱلْخَصْمِ إِذْ تَسَوَّرُوا۟ ٱلْمِحْرَابَ ﴿٢١﴾﴾[3].

وجه الدلالة: أن هذه الخصومة حصلت في مسجد داود عليه السلام وفصل بها فدل على استحبابه، وشرع من قبلنا شرع لنا ما لم يأت شرعنا بخلافه ولم يخالفه شرعنا لما سمعته من أدلة المجيزين[4].

واستدلوا بالسنة فاستفادوا من أدلة المجيزين قالوا: إنها للاستحباب وهي دالة عليه.

أدلة القول الثالث القائلون بالكراهة: دليلهم عقلي عللوا الكراهة بكثرة من يأتي للقضاء وهو غير أهل لدخول المسجد كالنصارى واليهود والحائض والنفساء والصبيان وهذه الكراهة تكريماً للمساجد، فضلاً عما يحصل من ارتفاع للأصوات وكثرة اللغط من الخصوم والتي تقع عادة بمجلس القضاء كل هذا يكون مسوغاً للكراهية، إلا أنهم استثنوا ما لو اتفقت قضية أو قضايا وقت حضور القاضي المسجد لصلاة أو غيرها فلا بأس بفصلها.

---

(١) المغني والشرح ٣٨٨/١١.

(٢) المرجع السابق.

(٣) ص: ٢١.

(٤) سبق ص: ٩٢.

إلا أن هذه الكراهة التي قالها الشافعي إنما هي كراهة تنزيه لا تحريم وبهذا يتفقون مع غيرهم في الجواز.

جاء في أدب القاضي لابن أبي الدم قال: والمشهور في مذهبنا الكراهة إلا أنه لا خلاف في أنها كراهة تنزيه ثم إن كان في المسجد لغير فصل الخصومات فاتفقت عنده خصومة أو خصومات فصلها بين أربابها بغير كراهية قولاً واحداً[1].

القول الراجح:

والذي نراه أنه باستعراض المذاهب تبين لنا جلياً ما وصل إليه فقهاؤنا من مجموعة أفكار استمدت منها القوانين الحديثة تنظيمها الجديد وأن جميع ما استدلوا به من أدلة نقلية أو عقلية فهو حق وأن اختلافهم في المجلس الذي يجب أن تثار فيه الدعوى لا يعد من الاختلاف الجوهري في المسألة لأنه لم يقل أحد منهم بحرمته أو بعدم جوازه وما ذهب إليه سحنون من المالكية حيث جعل بيتاً قريباً من المسجد للقضاء يعد جمعاً بين أقوال الفقهاء في المسألة لأنه يحقق ما دعا إليه الفقهاء من استحبابهم كونه وسط البلد وواسع وبارز للناس ولم يحدد الفقهاء مكاناً معيناً يجب أن لا تثار الدعوى إلا فيه فأجازوا إثارتها أمام القاضي سواء في البيت أو في المسجد أو عند البيت أو في دار خاصة للقضاء وهذا يوم أن كان الوازع الديني قوياً لدى الناس. جاء في تبصرة الحكام قوله: وحيث جلس القاضي المأمون فهو له جائز[2].

لكن هل يجوز لولي الأمر أن يخصص مكاناً للقضاء لا تقبل الدعوى إلا به سؤال يجب إثارته والجواب عليه فنقول: لم نطلع على قدر اطلاعنا

---

(١) ٦٤/١

(٢) تبصرة الحكام لابن فرحون ٢٦/١.

القاصر على قول يمنع ولي الأمر من تحديد مكان خاص لا تقبل الدعوى إلا به[1].

جاء في نظرية الدعوى قال: وفي عصرنا الحاضر خصصت الدولة محلات خاصة للقضاء لا ترفع الدعوى إلا إليها ولا تصح الخصومة إلا فيها وأمام القاضي أو الهيئة القضائية التي خصصت لها حتى لو أن الدعوى رفعت إلى القاضي أو الهيئة القضائية في غير هذا المكان أو رفعت إلى غير القاضي ولو في المحكمة المختصة لم تصح ولم يصح النظر فيها بعد ذلك وهذا تخصيص للقضاء بمكان معين فهو تنظيم إداري من قبل ولي الأمر لا ترفضه الأصول الشرعية ونصوص الفقهاء[2].

مكان الدعوى في قانون المرافعات:

وأما مكان الدعوى في التشريع الوضعي للمرافعات فهو المحكمة، والمحكمة هي أداة القضاء فهي المصدر والمورد في التنظيم القضائي وهي التي تنسب إليها الأحكام في الوقت الحاضر ولا ينسب إلى القاضي أو القضاة الذين صدر عنهم الحكم فهي النواة التي يصدر عنها ويرد إليها كل التنظيم القضائي في مختلف صوره.

جاء في أصول المرافعات قال: ولفظ المحكمة ليس مرادفاً للفظ القاضي أو القضاة ولكنه لفظ يفيد معنى جامعاً لأداة القضاء سواء أكانت قاضياً أم كانت هيئة مشكلة من عدد من القضاة ولمجلس القضاء الذي يقيد بها مكاناً محدداً لا مطلق مكان يوجد فيه القاضي أو يجتمع فيه القضاة، كما أنها في التعبير عن أداة القضاء تعطي مدلولاً مجرداً لهذه الأداة تنفصل به عن شخص القاضي أو أشخاص القضاة المكونين لها فلا يتأثر كيانه عن عناصره دون أن نقصد بهذا التشبيه دون الإيضاح، ثم أن

---

(١) الأحكام السلطانية لأبي الحسن الماوردي ص٧١.

(٢) نظرية الدعوى ٢١٨/١.

لمدلول المحكمة مدلولاً إدارياً باعتبارها مصلحة حكومية تنظم طوائف من الموظفين وإن كان اعتبارها مصلحة لا ينبغي أن يؤدي إلى الخلط بينها وبين سائر مصالح الدولة الإدارية بالمعنى الصحيح وابتكار لفظ محكمة للتعبير عن كل هذه المعاني حديث في عالم القانون، فقديماً كان السائد لفظ القاضي وهو أقصر من أن يمكن اجتماع كل تلك المعاني حوله ولا تقتصر أهمية لفظ محكمة على مجرد الإصلاح ولكن التوفيق إليه ذا أثر موضوعي محقق بما بثه في التنظيم القضائي مادة ولغة من وضوح واستقرار[١].

وبالمقارنة لما ذهب إليه الفقهاء ورجال القانون حول بيان مكان الدعوى تبين أن ما درج عليه رجال القانون ما هو إلا تنظيم لمبادىء وضعها فقهاء الشريعة، فلفظ المحكمة الحديث عرفه الفقه الإسلامي من قبل حيث قرر ذلك فقهاؤه.

جاء في كشاف القناع قوله: ولا يحكم القاضي في غير محله[٢] وهذا يعني وجود فكرة المحكمة في الفقه الإسلامي وإن لم يصرحوا بهذا اللفظ والدول الإسلامية أخذت بتعدد المحاكم من حيث المكان بحسب الحاجة وبحسب المدن والقرى كما أخذت بتخصيص أنواع القضايا بما يتمشى مع القواعد والأصول القضائية الإسلامية[٣].

ويا ليت الأمة الإسلامية وقفت عند هذا الحد وأخذت بمبادىء شريعتها في التنظيم والحكم ولكن المصيبة حين عدلت عن تنظيمها وأحكامها إلى تنظيم وأحكام استمدتها من الشرق أو الغرب إما جهلاً وإما عناداً ثم فرضت على الناس تطبيقها فهل آن لنا أن نصحو من نومنا ونعتز

---

(١) لأحمد مسلم ١/٧٤.

(٢) للبهوتي ٦/٢٩٠.

(٣) النظام القضائي الإسلامي ١/٢٢٤.

بمبادئنا ونحكم ديننا في جميع شؤون حياتنا الاجتماعية والاقتصادية ليعم الأمن والرخاء.

حكم تعدد القضاة في البلد الواحد:

قبل الحديث عن القاضي الذي يحق له نظر القضية لا بد من معرفة حكم تعدد القضاة في البلد الواحد واختصاص كل واحد منهم، لا خلاف بين الفقهاء في جواز تعدد القضاة في البلد الواحد إذا أسند لكل منهم عمل خاص به(١).

جاء في المغني قال: ويجوز أن يولي قاضياً عموم النظر في خصوص العمل فيقلده النظر في جميع الأحكام في بلد بعينه فينفذ حكمه فيمن سكنه ومن أتى إليه من غير سكانه ويجوز أن يقلده خصوص النظر في عموم العمل فيقول: جعلت إليك الحكم في المداينات خاصة في جميع ولايتي، ويجوز أن يجعل حكمه في قدر من المال نحو أن يقول: أحكم في المائة فما دونها فلا ينفذ حكمه في أكثر منها ويجوز أن يوليه عموم النظر في عموم العمل وخصوص النظر في خصوص العمل ويجوز أن يولي قاضيين وثلاثة في بلد واحد يجعل لكل واحد عملاً فيولي أحدهم عقود الأنكحة والآخر الحكم في المداينات وآخر النظر في العقار ويجوز أن يولي كل واحد منهم عموم النظر في ناحية من نواحي البلد(٢).

وجاء في حاشية ابن عابدين قال: القضاء مظهر لا مثبت ويتخصص بالزمان والمكان والخصومة(٣).

---

(١) حاشية ابن عابدين ٤١٩/٥، والمغني لابن قدامة ١٠٥/٩، والأحكام السلطانية، الماوردي ٧٢/١.

(٢) المغني ١٠٥/٩.

(٣) ٤١٩/٥.

وجاء في الأحكام السلطانية قال: إذا قلد قاضيان في بلد لم يخل حال تقليدهما من ثلاثة أقسام:

١ ـ أن يرد إلى أحدهما موضعاً منه وإلى الآخر غيره فيصح ويقتصر كل واحد منهما على النظر في موضعه وهذا هو الاختصاص المحلي للمحاكم في الوقت الحاضر.

٢ ـ أن يرد إلى أحدهما نوع من الأحكام وإلى الآخر غيره كرد المداينات إلى أحدهما والمناكح إلى الآخر فيجوز ذلك ويقتصر كل واحد منهما على النظر في ذلك الحكم الخاص في البلد كله وهذا هو الاختصاص النوعي للمحكمة.

٣ ـ أن يرد إلى كل واحد منهما جميع الأحكام في جميع البلد فقد اختلف أصحابنا في جوازه[١]. وسنتكلم عن هذه المسألة الخلافية في الموضوع التالي[٢].

جاء في درر الحكام: أن القضاء يتعين ويتخصص بصور خمس بالزمان والمكان وببعض الخصومات وباستثناء بعض الأشخاص والعمل بقول مجتهد في المسائل الخلافية[٣].

ومن نصوص الفقهاء المتقدمة يتضح لنا ما وصلوا إليه من تنظيم إسلامي رائع في محاولة إيصال كل ذي حق حقه بوسائل العدل والإنصاف، فالقضاء يكون عاماً حيث يخول للقاضي النظر في جميع الولاية وفي جميع أنواع القضايا في كل زمان ومكان لجميع الخصوم ويكون خاصاً إذا اختصه ولي الأمر لبعض أنواع القضايا أو لبعض

---

(١) للماوردي ٧٢/١.
(٢) ص٩٧.
(٣) شرح مجلة الأحكام، علي حيدر ٥٤٤/٤.

الخصوم أو جعل له النظر في زمان معين أو مكان محدد وهذا لا يتحقق إلا بتعدد القضاة، وهذا ما أخذت به أنظمة المرافعات في عصرنا الحاضر فجعلوا محاكم في البلد الواحد متعددة الاختصاص فبعضها للأنكحة وبعضها تحكم بالأشياء القليلة ومحاكم عامة جعل لكل منها اختصاص لا تتعداه إلى غيره وهذا ما يسمى في أنظمة المرافعات بالاختصاص النوعي[١].

جاء في قضاء المظالم قال: إن القضاء يتعدد بحسب الاختصاص فوجود أكثر من محكمة في البلد الواحد سواء أكانت من نوع واحد أم من أنواع مختلفة أمر مشروع وسائغ وقد أجمع الفقهاء على جوازه وفق متطلبات الدولة والحاجة لتحقيق العدالة[٢].

لكن اختلف الفقهاء فيما إذا قلد اثنان القضاء في بلد واحد كل منهما يقضي في جميع البلد بين جميع أهله ومن يرد عليه على قولين:

الأول: للأحناف والمالكية ورواية عن أحمد وقول للشافعي وهو أنه يجوز تعدد القضاة في البلد الواحد[٣].

جاء في حاشية الدسوقي قال: يجوز للخليفة تولية قضاة متعددين كل منهم مستقل أي: لا يتوقف حكمه على حكم غيره عام حكمه في جميع النواحي بجميع أبواب الفقه أو بعضه[٤].

الثاني: قول للشافعي ورواية عن أحمد من أنه لا يجوز أن يتعدد

---

(١) قوانين المرافعات المدنية والتجارية والإثبات، مصطفى كامل منيب ٢١/١.
(٢) قضاء المظالم في الإسلام، شوكت عليان ١٠٩/١.
(٣) البحر الرائق لابن نجيم ٢٨٢/٦، وحاشية الدسوقي على مختصر أحمد الدردير ١٥٨/٤، أدب القاضي، الماوردي ١٥٧/١، المغني ١٠٥/٩.
(٤) على مختصر أحمد الدردير ١٥٨/٤.

القضاة في البلد الواحد فيقضوا في جميع البلد بين جميع أهله ومن يرد إليه[1].

جاء في الأحكام السلطانية: أن يرد إلى كل واحد منهما نوع من الأحكام في جميع البلد فقد اختلف أصحابنا في جوازه فمنعت طائفة وأجازت أخرى وهم الأكثرون[2].

وجاء في المغني لابن قدامة قال: فإن قلد قاضيين أو أكثر عملاً واحداً في مكان واحد ففيه وجهان، أحدهما: لا يجوز اختاره أبو الخطاب، والآخر: يجوز ذلك[3].

فهذه المسألة فيها قولان للفقهاء الجواز وعدمه.

الأدلة:

استدل القائلون بعدم الجواز:

١ ـ قالوا: إنه يؤدي إلى إيقاف الحكم والخصومات لأنهما يختلفان في الاجتهاد ويرى أحدهما ما لا يرى الآخر.

ويرد عليه: أن هذا ليس بصحيح فإن كل حاكم يحكم باجتهاده بين المتخاصمين إليه وليس للآخر الاعتراض عليه ولا ينقض حكمه فيما خالف اجتهاده[4] هذا ما لم تقنن أحكام الفقه فإذا أقننت فلا خلاف.

٢ ـ واستدلوا بأن تعدد القضاة يقضي إلى تنازع الخصوم فكل خصم قد يريد ما لا يريده الآخر فيقع التنازع والتشاجر.

ورد هذا الدليل بأنه يؤخذ عند التشاجر قول الطالب فإن كان كل

(١) أدب القاضي، الماوردي ١/١٥٧، والمغني ٩/١٠٥.
(٢) للماوردي ص٧٢.
(٣) المغني لابن قدامة ٩/١٠٥.
(٤) المغني ٩/١٠٦.

منهما طالباً ومطلوباً لتحاكمهما في قسمة ملك أو اختلافهما في ثمن بيع أو قدر صداق يوجب تخالفهما فيه عمل على قول من دعا إلى أقرب القاضيين إليهما فإن استويا في القرب أقرع بينهما وقيل: يقطع النزاع بينهما حتى يتفقا على الرضا بأحدهما[١].

أدلة القول الثاني: وهو القول بجواز تعدد القضاة في البلد الواحد.

استدلوا بأن القضاء استنابه كالوكالة التي يجوز أن يجتمع فيها وكيلان على اجتماع أو انفراد[٢].

٢ ـ أنه يجوز للقاضي أن يستخلف في البلدة التي هو فيها فيكون فيها قاضيان فجاز أن يكون فيها قاضيان أصليان لأن الغرض فصل الخصومات وإيصال الحق إلى مستحقه وهذا يحصل فأشبه القاضي الواحد.

٣ ـ أنه يجوز للقاضي أن يستخلف خليفتين في موضع واحد فالإمام أولى لأن توليته أولى[٣].

وهذا هو الراجح لقوة أدلتهم وسلامتها من الرد والاعتراض ورجحه في المغني قال: والقول الثاني يجوز ذلك وهو قول أصحاب أبي حنيفة وهو أصح إن شاء الله[٤]. ولأن القول بالجواز يتمشى مع كثرة مشاكل العصر وتعقيدها وفيه مصلحة تخفيف الأعمال على القضاة ليتحرى في حكمه العدل والحق والإنصاف.

أما مسألة تشاجر المدعي والمدعى عليه لاختيار أحدهما ما لا يرضاه الآخر من القضاة لا تتأتى في العصر الحاضر لإعطاء رئيس

---

(١) أدب القاضي، الماوردي ١/١٥٧.
(٢) أدب القاضي، الماوردي ١/١٥٧.
(٣) المغني ٩/١٠٦.
(٤) النظام القضائي الإسلامي لابن القاسم ١/٢٣٣.

المحكمة أو مدير الإدارة توزيع الأعمال على القضاة فليس لأحد الخصمين الخيار في الاختيار وذلك لما قد يحصل من تعقيد للخصومة وأخذها أكثر من الوقت الذي تستحقه وهذا تنظيم وتنسيق من ولي الأمر لا ترفضه أصول الشريعة الغراء.

جاء في النظام القضائي الإسلامي قال: ولا شك أن مسألة تعدد القضاة كغيرها من مسائل القضاء تخضع لظروف الزمان والمكان والتطور بحسب ما تمليه الحاجة والمصلحة ونعتقد أن المصلحة العامة وحاجة البلاد في هذه الأزمنة المتأخرة التي تنوعت فيها أساليب الحيل وكثرة المماطلة بالحقوق تدعو إلى الأخذ بهذا المبدأ لما في تحقيقه من فوائد ومزايا(١).

* * *

من له الاختصاص في نظر الدعوى من القضاة

عرفنا أنه يجوز لولي الأمر تحديد مكان معين للقضاء لا يحق للقاضي أن يقضي إلا به وهو ما يسمى الآن بالمحكمة، وأنه يجوز تعدد القضاة في البلد الواحد متى كانت الحاجة وهو ما يعبر عنه في هذا الوقت بتعدد المحاكم في البلد الواحد أو تعدد القضاة في المحكمة، فإذا تعدد القضاة في المحكمة وتعددت المحاكم في البلد فمن يقبل قوله من المدعي والمدعى عليه في اختيار القاضي أو المحكمة وهل قاضي المكان الذي يستقر فيه المدعي هو المختص أو هو قاضي مقر المدعى عليه أم يجعل الاختيار لأحدهما أو مكان العقار إذا كان المتنازع عليه عقار.

إذا كان في البلد قاض واحد أو محكمة واحدة تضم المدعي

---

(١) النظام القضائي الإسلامي لابن القاسم ٢٣٣/١.

والمدعى عليه فقد تم الاتفاق على أن القاضي هو المختص بنظر هذه الدعوى.

لكن وقع الاختلاف في وجهات النظر بين أهل العلم في القاضي المختص بنظر الدعوى إذا تعدد القضاة في البلد ووجد فيه المدعي والمدعى عليه، وكذلك وقع الخلاف فيما إذا اختلف مكان المدعي والمدعى عليه فيمن ينظر دعواهما هل هم قضاة بلد المدعي أم قضاة بلد المدعى عليه.

بحث المسألة الأولى: وهي ما إذا تعدد القضاة في بلد واحد ووجد فيه المدعي والمدعى عليه قولان لأهل العلم في هذه المسألة:

أولهما: ذهب المالكية والشافعية والحنابلة وأبو يوسف من الحنفية إلى أن المعتبر في تحكيم أحد القضاة هو قول المدعي[(١)] وهو الطالب وإن كان كل منهما طالب لصاحبه اعتبر من القضاة من يصل رسوله أولاً فإذا استوى الرسل في الوصول أقرع بينهما وهناك رأي آخر للشافعية والحنابلة وهو: إذا استوى الرسل في الوصول قالوا: إما أن يقرع بينهما أو يمنعان من التخاصم حتى يتفقان على واحد من القضاة.

جاء في حاشية الدسوقي قال: فإذا تنازع الخصمان فأراد أحدهما الرفع لقاض وأراد الآخر الرفع لقاض آخر كان القول للطالب وهو صاحب الحق دون المطلوب ثم أن لم يكن طالب مع مطلوب بأن كان كل يطالب صاحبه رفع إلى من سبق رسوله وإلا يسبق رسول قاض أقرع بينهما[(٢)].

وجاء في أدب القاضي قال: فإن اختصم خصمان وجذب كل واحد

---

(١) أدب القاضي، للماوردي ١/١٥٧، والقواعد لابن رجب ١/٣٩٢، وحاشية الدسوقي على أحمد الدردير ٤/١٥٩، والبحر الرائق لابن نجيم ٧/٢١١.

(٢) حاشية الدسوقي على أحمد الدردير ٤/١٥٩.

منهما خصمه إلى أحدهما ـ أي: القضاة ـ عمل على قول الطالب منهما دون المطلوب وحاكمه إلى من أراده منهما لأن حكم كل واحد من القاضيين نافذ عليهما فإن كان كل واحد من المتنازعين طالباً ومطلوباً لتحاكمهما في قسمة ملك أو اختلافهما في ثمن مبيع أو قدر صداق يوجب تخالفهما فيه عمل على قول من دعا إلى أقرب القاضيين إليهما فإن استويا في القرب ففيه وجهان، أحدهما: يقرع بينهما ويعمل بقول من قرع منهما، والوجه الثاني: يقطع التنازع بينهما حتى يتفقا على الرضا بأحدهما[1].

وجاء في القواعد الفقهية: إذا ولى الإمام قاضيين في بلد فاختلف الخصمان فيمن يحتكمان إليه فالقول قول المدعي، فإن تساويا في الدعوى اعتبر أقرب الحاكمين إليهما فإن استويا في القرب أقرع بينهما، وقيل: يمنعان من التخاصم حتى يتفقان على أحدهما[2].

مما مضى نرى اختلافاً بين المالكية والشافعية والحنابلة فيما إذا كان كل من الخصمين طالباً، فالمالكية يقدمون من وصل رسول القاضي إليه أولاً ثم القرعة، والشافعية والحنابلة ينظرون إلى القرب فمن كان أقرب من القضاة فهو المختص ثم القرعة أو وقف الخصومة حتى الاتفاق والقرعة أرجح لأن وقف الخصومة يزيد من حدتها وقد يحصل ما لا تحمد عقباه بعد، وقد يؤدي أيضاً إلى ظلم أحد الطرفين وخاصة المدعي لأنه محتاج إلى رفع الدعوى وهو يتيح للمدعى عليه فرصة للتعنت والمماطلة إذا طلب منه الاتفاق على قاض خاص.

القول الثاني: ذهب إليه محمد بن الحسن بن الحنفية فقال: المعتبر في تخصيص أحد القضاة هو قول المدعى عليه فله الخيار بالاختيار.

(١) أدب القاضي للماوردي ١/١٥٧.

(٢) القواعد في الفقه الإسلامي لابن رجب ١/٣٩٢.

جاء في البحر الرائق قال: قاضيان في مصر طلب كل منهما أن يذهب إلى قاض فالخيار للمدعى عليه عند محمد وعليه الفتوى[(١)].

وقال صاحب البحر في موضع آخر: لو كان في البلد قاضيان كل واحد منهما في محله على حدة فوقعت الخصومة بين رجلين، أحدهما: من محلة، والآخر: من محلة أخرى والمدعي يريد أن يخاصمه إلى قاضي محلته والآخر يأبى ذلك اختلف فيه أبو يوسف ومحمد، والصحيح أن العبرة لمكان المدعى عليه وهو قول محمد[(٢)].

وخلاصة الأراء في المسألة أن للفقهاء قولان:

١ ـ للجمهور وهو أن المعتبر قول الطالب وهو المدعي.

٢ ـ لمحمد بن الحسن وهو أن المعتبر قول المطلوب وهو المدعى عليه.

الأدلة:

المسألة ليس فيها نقل من كتاب أو سنة أو أثر لذا كان الاعتماد فيها على الدليل العقلي.

دليل الجمهور قالوا: إن المدعي منشىء للخصومة فيعطى الحرية في الاختيار لمن شاء من القضاة لأنه إن شاء أنشأ الخصومة وإن شاء لم ينشئها لكون الحق له في الدعوى فجعل أيضاً الحق له في تعيين القاضي الذي يريده[(٣)].

دليل محمد بن الحسن قال: إن المدعى عليه دافع الخصومة ويطلب سلامة نفسه والأصل براءة ذمته وظاهر الحال معه وأخذه إلى من

---

(١) لابن نجيم ٢١١/٧.
(٢) المرجع السابق.
(٣) المرجع السابق.

يأباه لريبة ثبتت عنده وتهمة وقعت له ربما يوقعه في إثبات ما لم يكن ثابتاً في ذمته. لذا كان النظر إليه واعتباره أولى لأنه يريد الدفع عن نفسه وخصمه يريد أن يوجب عليه الأخذ بالمطالبة ومن طلب السلامة أولى بالنظر من طلب ضدها[1].

وأنظمة المرافعات الحديثة لم تأخذ بأحد هذين الرأيين فلم تجعل الخيار في تحديد القاضي لأحد الخصمين بل جعلت لرئيس المحكمة توزيع الأعمال على قضاته وقد يجعل هو هذا الأمر لأحد موظفيه فعندما يتقدم المدعي بدعواه يعطى موعداً واسم القاضي الموجهة إليه وليس له شأن في اختيار القاضي وهذا ما أميل إليه وذلك لما في هذا المسلك من عدالة إنسانية تدعو إلى الأخذ به وذلك لأن بعض القضاة ربما تكون له سمعة فيكثر العمل لديه أو يقل، وفيه مساواة للقضاة بقدر الخدمات التي يبذلونها كما أنه من مصلحة الطرفين أن لا يتشاجرا فيما لو لم يتفقا والله أعلم.

المسألة الثانية: إذا اختلف مكان المدعى عليه فمن يعقد بمكانه هل ينظر في القضية قاضي مكان المدعي أو المدعى عليه قولان في المسألة عند الحنفية وقولان للمالكية في المسألة مع اختلاف فيما ذهبوا إليه ولم أعثر في كتب الشافعية والحنابلة على رأي في المسألة[2].

أما بالنسبة للحنفية، فاستنتجنا رأيهم في المسألة من ما جاء من البحر الرائق عندما تكلم عن القاضيين في البلد الواحد حيث قال: ولو كان في البلد قاضيان كل واحد منهما في محلة على حدة فوقعت الخصومة بين رجلين، أحدهما: من محلة، والآخر: من محلة أخرى والمدعي يريد أن يخاصمه إلى قاضي محلته والآخر يأبى ذلك اختلف فيه

---

(١) المرجع السابق.

(٢) البحر الرائق لابن نجيم ٢١١/٧، وتبصرة الحكام لابن فرحون ٦٦/١.

أبو يوسف ومحمد. والصحيح أن العبرة لمكان المدعى عليه وكذا لو كان من أهل العسكر، والآخر: من أهل البلدة فأراد العسكري أن يخاصمه إلى قاضي العسكر فهو على هذا. وعلله في المحيط بأن أبا يوسف يقول: إن المدعي منشىء للخصومة فيعتبر قاضيه ومحمد يقول: إن المدعى عليه دافع لها والدافع يطلب سلامة نفسه فاعتبر قاضيه[1].

فأخذنا مذهبهم فيما إذا اختلف البلد فمن يعتبر قاضيه المدعي أو المدعى عليه من قوله، وكذا لو كان من أهل العسكر... إلخ، حيث فرق بين أهل البلد والعسكر فاعتبرناهم كالبلدين، وأما المالكية فإنهم نصوا على هذه المسألة.

جاء في تبصرة الحكام قال: فصل في الشيء المدعى فيه يكون في غير بلد المدعى عليه وأين تكون محاكمتهما.

في الرجل من أهل المدينة تكون له دار بمكة فيدعيها رجل من أهل مكة قال ابن حبيب: قال ابن الماجشون: إنما تكون خصومتهما حيث الدار والشيء المدعى فيه وخالف مطرف وأصبغ قول ابن الماجشون في ذلك وقالوا: إنما تكون الخصومة حيث يكون المدعى عليه ولا ينظر إلى موضع المدعي ولا موضع المدعى فيه[2].

وربما يجمع بين القولين للمالكية بأن المدعي إذا كان عيناً ثابتاً كالعقار يكون محل النظر للقاضي الذي هو فيه وإذا كان ديناً يكون النظر فيه لمكان المدعى عليه.

وما ذهب إليه محمد من الحنفية ومطرف وأصبغ من المالكية هو ما أخذت به الأنظمة الحديثة في المرافعات فجعلت مكان المدعى عليه هو المعتبر في حالة رفع الدعوى وأن المدعي يرفع دعواه أمام المحكمة التي

---

(١) البحر الرائق لابن نجيم ٢١١/٧.

(٢) تبصرة الحكام لابن فرحون ٦٦/١.

فيها محل إقامة المدعى عليه إقامة دائمة ووضعوا بعض الاستثناءات على هذه القاعدة وأطلقوا على هذا بالاختصاص[1] المحلي للمحكمة.

جاء في قانون المرافعات المدنية والتجارية مادة ٤٩، ما نصه: يكون الاختصاص للمحكمة التي يقع في دائرتها موطن المدعى عليه ما لم ينص القانون على خلاف ذلك فإن لم يكن للمدعى عليه موطن في الجمهورية يكون الاختصاص للمحكمة التي يقع في دائرتها محل إقامته وإذا تعدد المدعى عليهم كان الاختصاص للمحكمة التي يقع في دائرتها موطن أحدهم[2]. وقد أخذ مشروع نظام المرافعات السعودي بما أخذت به أنظمة المرافعات الحديثة إلا أنه خالف في حالة ما لم يكن هناك محل إقامة للمدعى عليه في المملكة، فإن الاختصاص يكون لمحكمة محل إقامة المدعي جاء في المادة ٣٩ من مشروع هذا النظام قال: تقام الدعوى في المحكمة التي يقع في نطاق اختصاصها محل إقامة المدعى عليه فإن لم يكن له محل إقامة في المملكة فيكون الاختصاص للمحكمة التي يقع في نطاق اختصاصها محل إقامة المدعي وإذا تعدد المدعى عليهم كان للمدعي الخيار في إقامة الدعوى أمام أي محكمة يقع في نطاق اختصاصها محل إقامة أحدهم[3].

* * *

(١) معنى الاختصاص: الاختصاص هو السلطة التي خولها القانون لمحكمة ما في الفصل في نزاع ما، وتهدف قواعد الاختصاص إلى تحديد نصيب كل جهة من جهات القضاء، ونصيب كل طبقة من طبقات المحاكم داخل الجهة القضائية الواحدة، ونصيب طبقة من طبقات المحاكم داخل الجهة القضائية الواحدة، ونصيب محكمة من محاكم الطبقة الواحدة من المنازعات التي يجوز الفصل فيها، الوجيز في شرح قانون المرافعات المدنية والتجارية، أحمد السيد صاوي ١/١٨٥.

(٢) قوانين المرافعات المدنية والتجارية المصرية، جمع مصطفى كامل منيب ١/٢٤.

(٣) مشروع نظام المرافعات السعودي ص٦.

أعوان القضاة

وأقصد بأعوان القضاة من لهم وجود في ماهية الدعوى من تحقيق فيها أو دراستها ورفعها، وهم:

١ ـ والي الحسبة في الإسلام ومنها النيابة العامة في العصر الحاضر.

٢ ـ المحامي.

١ ـ ولاية الحسبة هي وظيفة دينية من باب الأمر بالمعروف والنهي عن المنكر[١]. ومن أعمال والي الحسبة الحكم فيما لا يتوقف على دعوى.

جاء في الطرق الحكمية قال: وأما الحكم بين الناس فيما لا يتوقف على دعوى (من المدعي) فهو المسمى بالحسبة والمتولي له والي الحسبة وقد جرت العادة بإفراد هذا النوع بولاية خاصة[٢].

وفي الوقت الحاضر توزعت اختصاصات ولاية الحسبة على كثير من الجهات من الوزارات والهيئات وغيرها ولا يعرف ولاية خاصة تقوم بعموم عمل ولاية الحسبة في وقتنا كما لا يخفى اختفاء بعض أعمال الحسبة في البلاد الإسلامية.

جاء في الحسبة المذهبية قال: فعرفت مصر هذا النظام منذ عصر الولاة إلى أن نظمت الإدارة الحكومية في عصر سعيد وعندئذ توزعت اختصاصات المحتسب بين مصالح حكومية مختلفة تتبع العدلية والتجارة والصناعة والداخلية[٣].

---

(١) مقدمة ابن خلدون ٢/٣٢٣.

(٢) الطرق الحكمية لابن القيم ص٢١٦.

(٣) الحسبة المذهبية في بلاد المغرب العربي موسى لقبال ص٢٤.

والذي يدخل في بحثنا الدعاوى التي تقوم بها النيابة العامة لدى القضاء وأن هذا العمل كان موجوداً في فقهنا الإسلامي وأنه قد يعطى للقضاء في وقت وقد يعطى للمحتسب في وقت آخر حسب ظروف الدولة وأعمالها وتوزيع اختصاص العمل من قبل ولي الأمر.

جاء في الطرق الحكمية لابن القيم قال: فعموم الولايات وخصومها وما يستفيد المتولي من الولاية يتلقى من الألفاظ والأحوال والعرف وليس لذلك حد في الشرع فقد يدخل في ولاية القضاء في بعض الأزمنة والأمكنة ما يدخل في ولاية الحرب في زمان ومكان آخر وبالعكس وكذلك ولاية الحسبة وولاية المال وجميع هذه الولايات في الأصل ولايات دينية ومناصب شرعية فمن عدل في ولاية من هذه الولايات وساسها بعلم وعدل وأطاع الله ورسوله بحسب الإمكان فهو من الأمراء الأبرار العادلين، ومن حكم فيها بجهل وظلم فهو من الظالمين المعتدين و﴿إِنَّ ٱلْأَبْرَارَ لَفِى نَعِيمٍ ۝١٣ وَإِنَّ ٱلْفُجَّارَ لَفِى جَحِيمٍ ۝١٤﴾[1].

وفي أنظمة المرافعات الحديثة ما يسمى بالنيابة العامة وهي تقوم بجزء من عمل ولاية الحسبة التي توزعت لدى المصالح الحكومية الآن وهي مؤسسة قضائية مهمتها استقصاء الجرائم وتعقب مرتكبيها وتنفيذ الأحكام التي تصدرها المحاكم الجزئية على مقترفيها ورجالها موظفون يحركون دعوى الحق العام باسم الهيئة الاجتماعية مباشرة أو بناءً على استعداء المتضرر وهم القوة التنفيذية لدى المحاكم والدوائر القضائية ولهم الحق في مراقبة سير العدالة والتدخل لتصحيح سيرها بالطرق المسنونة كلما اقتضى الأمر[2].

وجاء في المرافعات المدنية والتجارية: أن من أهم وظائف النيابة

---

(١) الطرق الحكمية لابن القيم ٧٢٣٩ وسورة الانفطار: ١٣، ١٤.

(٢) النيابة العامة مؤسسة عربية الأصل لا فرنسية لمحمود اللبابيدي ص٢٣.

العمومية إدارة الضبطية القضائية وإقامة الدعوى الجنائية والتأديبية وملاحظة تفتيش السجون وغيرها من المحال التي تستعمل للحبس مع مراعاة الحدود المقررة لذلك بالقوانين[1].

وجاء في المادة ٨٧ من قانون المرافعات المصري: «للنيابة العامة رفع الدعوى من الحالات التي ينص عليها القانون ويكون لها في هذه الحالات ما للخصوم من حقوق[2].

وبهذا يتضح أن عمل النيابة العامة في الوقت المعاصر ما هو إلا جزء من عمل ولاية الحسبة في الإسلام إلا أنه وللأسف استمدت قوانين العالم الإسلامي من القانون الفرنسي دون دراسة له أو مناقشة فوقعنا في الخطأ الذي لنا الحياد عنه.

وبالمقارنة بين الفقه وأنظمة المرافعات يتبين جلياً أن ولاية الحسبة عامة وذلك في كل حق لله أو حق الله يكون فيه هو الغالب فإن المحكوم له هو الشرع وهو المجتمع بلغة العصر ولا تشترط أن تكون الدعوى من شخص معين تطبيقاً لقاعدة الأمر بالمعروف والنهي عن المنكر أو يتقدم بها المحتسب أو أحد أعوانه، ومثاله في وقتنا الحاضر: النيابة العمومية والنيابة الإدارية والتي تقوم بجزء من عمل والي الحسبة وباقي الأعمال أوكلت إلى الوزارات والمصالح الحكومية وبعضها ترك فلم يعهد به لأحد. ولذا كان عمل النيابة خاص فيما أعطاها إياه القانون فليس لها حق التدخل فيما لم يعهد لها به على خلاف المحتسب في الفقه الإسلامي، فهل يحق لنا بعد أن نستورد القوانين الغربية بحذافيرها ونهمل شريعتنا والتي تكفل الله بصلاحها لكل زمان ومكان فهل آن لنا أن ننتصر على أنفسنا بمعرفة شرع الله على حقيقته.

---

(١) عبدالحميد أبو هيف ٢١٠/١.

(٢) قانون المرافعات المدنية والتجارية المصري ص٣٤.

وضع الحسبة في المملكة العربية السعودية

بعد أن استولى الملك عبدالعزيز على الرياض واستقرت أقدامه فيها كان يقوم بالأمر بالمعروف والنهي عن المنكر الشيخ عبدالعزيز بن عبداللطيف آل الشيخ وكان يقوم بها تطوعاً لله وفي الرياض خاصة وأكثر تركيزه على الأمر بالصلاة جماعة، ثم بعد استقرار البلاد أعطي هذا العمل للشيخ عمر بن حسن آل الشيخ، والشيخ عبدالرحمن بن إسحاق آل الشيخ، ثم ألحق بهم الشيخ عبداللطيف بن إبراهيم آل الشيخ. وبعد وفاة الشيخ عبدالعزيز جعل الرئيس الشيخ عمر ثم بعد ذلك ضم إليه العمل في المنطقة الشرقية والحدود الشمالية فاقتضت المصلحة إيجاد مقر ففتحت الرئاسة مراكز في الرياض وخارجه في كل مركز رئيس وأعضاء وجنود ومع هذا التطور وانتقال الحسبة من التطوع إلى التكليف لم يوضع نظام مكتوب يوضح الأهداف والاختصاص.

وفي المنطفة الغربية والجنوبية من البلاد يختلف الأمر فبعد استردادهما كتب الملك عبدالعزيز للعلماء ليعين رجال يقومون بالاحتساب هناك، ثم عين هناك من يقومون بهذا العمل وجعل مرجع هذه الهيئة إلى نائب الملك في الحجاز وهو الملك فيصل ثم طلب من مدير المعهد الإسلامي السعودي في الحجاز آنذاك كتابة نبذة عن مهام هذه الهيئة، وقد كتب تحت عنوان نظام جماعة الأمر بالمعروف والنهي عن المنكر، وذكر أنه اقتبسه من كتاب الحسبة في الإسلام لابن تيمية ومما جادت به في الموضوع أقلام بعض الكتاب.

ثم بعد ذلك ربطت الهيئات بالحجاز بمدير الشرطة العام هناك ثم ربطت برئاسة القضاة هناك ثم بعد ذلك ربطت بالنيابة العامة هناك، وبعد إلغاء النيابة هناك صار الرئيس يرجع إلى رئاسة مجلس الوزراء مباشرة إلى أن تم توحيد هيئات الأمر بالمعروف والنهي عن المنكر في المملكة

ودمجها في رئاسة واحدة[1].

ومن استعراضنا لنظام الحسبة في المملكة لم نطلع على اختصاص عملهم فجعل لهم الأمر بالمعروف والنهي عن المنكر عامة إلا أن الواقع يعطينا أن عملهم الأساسي هو التنبيه على الصلاة وقت الأذان وقفل المتاجر والمحلات العامة وقتها كما أن من عمل مراكز الهيئات إحالة من تكرر منه عدم أداء الصلاة جماعة إلى المحكمة الشرعية وكأن هذا مبني على ما جاء في الطرق الحكمية: أن لوالي الحسبة أن يأمر العامة بالصلوات الخمس في مواقيتها ويعاقب من لم يصلِّ بالضرب والحبس وأما القتل فإلى غيره[2].

ولا أدري على أي أساس بنت عليه الهيئات عملها هذا حيث لا يوجد نظام يحدد صلاحيتها فكان من واجبها القيام بعمل النيابة العامة لأنه داخل تحت مسماها فقهاً، وكما سبق أن مرجع النظام هو كتاب الحسبة لابن تيمية فاتضح أن الاسم يخالف العمل الواقعي.

* * *

النيابة العامة[3] في المملكة العربية السعودية

لا يوجد في المملكة العربية السعودية نيابة عامة على الشكل الموجود في دول العالم وأنظمتها والتي يعنى بها أنها سلطة أمن قضائي

---

(١) مختصر من نظام الحسبة في الإسلام، عبدالعزيز بن مرشد ١٩١ ـ ٢٠٦.

(٢) ص٢٤٠.

(٣) والمراد بالنيابة العامة الموجودة بالحجاز والتي ألغيت فيما بعد هي «حكومة المملكة الحجازية»، وتنص المادة من التعليمات الأساسية للمملكة الحجازية على أن يعين من قبل جلالة الملك نائب عام وبقدر اللزوم مديرون ورؤساء لتدوير أمور المملكة، وتنص المادة الثامنة على أنه بما أن النيابة العامة هي المرجع العمومي لجميع دوائر الحكومة وأقسام إداراتها فكل واحد من مديري الدوائر ورؤسائها يكون مسؤولاً أمامها عن حسن جريان الأمور الداخلة في دائرة وظيفته وهي مسؤولة أمام صاحب الجلالة الملك. عن التطور التشريعي في المملكة العربية السعودية، د. محمد عبدالجواد ٦٨/١، ٩٠.

والقائمون عليها طائفة من رجال القانون موظفين في الحكومة وتابعين لوزارة العدل ويعهد إليهم أصلاً الكشف عن الجرائم وتحقيقها وتقديم مرتكبيها إلى المحاكم أمام القضاء وهم يقومون بذلك «وخاصة برفع الدعوى الجنائية أو العمومية» نيابة عن المجتمع ومن هنا جاءت تسمية النيابة العامة[1].

وفي المملكة يقوم بهذه الوظيفة شرطة المنطقة حيث يعهد إلى واحد القيام بهذا الغرض أمام المحاكم، فمثلاً في الرياض يقوم بها شخص واحد بوظيفة ضابط عسكري، وبني هذا على قرار مجلس الشورى والذي صدق من قبل الملك سنة ١٩٣٤م والذي ينص على ما يأتي:

١ ـ على رئيس القسم العدلي بمكة أو من يقوم مقامه من مديري الشرطة في الملحقات أن يرفع الدعوى في الحقوق العامة بذاته وفي حالة مرضه أو ضرورة طارئة يجوز له أن ينتدب عنه من موظفي دائرته من ينوب عنه في جميع قضايا الجنح والتعزيرات والجنايات ذات الحق العام التي ليس فيها مدع أصلاً كقضية شرب الخمر أو فيها مدع تنازل عن دعواه.

٢ ـ على جميع المحاكم المختصة بالنظر في القضايا ذات الحق العام أن تشعر الجهات المختصة في إدارة الشرطة بإقامة الدعوى العامة الدعوى التي تنازل أصحابها عن حقوقهم الشخصية أمامها وكانت ذات حق عام حتى تنتدب تلك الجهة من يطالب بهذا الحق.

وقد أوجب هذا القرار على المحاكم المختصة أن تشعر القسم العدلي بمكة أو من يقوم مقامه من إدارة الشرطة في جهات المملكة

(١) أصول المرافعات، د. أحمد مسلم ١/١٢٨.

الأخرى بالدعاوى المتصلة بالحق العام التي أسقط النظر فيها لغياب المدعي مثلاً وتحدد المحكمة موعد الجلسة وتشعر بذلك الجهات المختصة وهذا هو ما يعمل به إلى وقتنا الحاضر.

وقد وعد جلالة الملك فيصل عند إنشائه لوزارة العدل سنة ١٩٦٢م بتأسيس نيابة عامة تكون ملحقة بوزارة العدل على ما هو عليه في دول العالم، ويقول الدكتور سليمان السليم: إنه بعد إنشاء وزارة العدل وتعيين وزير لها تجري الدراسات اللازمة لإقامة هذه الإدارة وتجب الإشارة إلى أن إقامة النيابة العامة لن تكون أمراً جديد بالمرة على القضاء السعودي وإنما تعتبر تطويراً لنفس الفكرة التي قام على أساسها القسم العدلي بمكة[١].

ولم يتطرق مشروع نظام المرافعات السعودي لذكر النيابة العامة.

* * *

المحامون

هم أفراد الطائفة التي تقوم بالدفاع عن الخصوم أمام القضاء وبذل النصيحة لهم ومعاونتهم بقلمهم ولسانهم في الحصول على حقوقهم[٢] فهم الوكلاء الخاصون لإخراج الحقوق المعتدى عليها عند القضاة وذلك بأجر مادي ممن وكلهم وعلى عكسهم الوكلاء العامون وهم أعضاء النيابة والذين يتقاضون أجرهم من المجتمع ممثلاً بالدولة.

وللمحامين نظام خاص في كل دولة يبين حقوقهم وواجباتهم وما

(١) التنظيم القضائي في المملكة العربية السعودية ٢٩/١.
(٢) الوسيط في شرح قانون المرافعات المدنية والتجارية ١٢٨/١.

عليهم من التزامات وشروط ومتى يصل واحدهم إلى حق الحصول إلى درجة الإجازة، وللمحامين في الدول نقابة تقوم بالدفاع عن حقوقهم، وفي قانون المرافعات المصري أن حق الوكالة بالخصومة هم المحامون بمعنى أنه يلزم أن يكون الوكيل عن الخصم محامياً، وهناك قانون خاص في كل دولة يطلق عليه قانون المحاماة يبين كل الواجبات والالتزامات والشروط المتعلقة بالمحامي.

جاء في أصول المرافعات قوله: وقد تكفلت قوانين المحاماة والمرافعات والإجراءات الجنائية بتنظيم علاقة المحامين بموكليهم من ناحية وبالمحكمة أو سلطات التحقيق الجنائية من ناحية أخرى سواء من حيث الحقوق والواجبات أو من حيث التأديب والمنازعات[(١)].

❊ ❊ ❊

الوضع في المملكة العربية السعودية

يختلف الوضع في المملكة عما عليه الحال في الدول الأخرى فلا يوجد نظام خاص للمحامين يبين أعمالهم وعلاقتهم بالناس والمحكمة، وهذا يؤدي إلى عدم سير الأمور في مجاريها فقد يخطىء المحامي وقد يخطأ عليه ولا معطي لكل حق حقه. وربما ألتمس أسباباً لعدم كثرة المحامين في بلادنا مع كثرة المشاكل والمنازعات: أنه ينظر للمحامي في المملكة وخاصة في نجد بمنظار لا يتناسب مع مقدار الخدمات التي يقوم بها ذلك لأنه يمتهن هذه المهنة أناس غير مؤهلين ومعهم من سلاطة اللسان وحدته ما يثير غضب القاضي وسخطه وإلا فالمذهب يجيز الوكالة في الخصومة وهو ما رجحناه فيما سبق وهو[(٢)] ما جاء مصرحاً به في

---

(١) لأحمد مسلم ١/١٤٤.

(٢) ص٧٧.

تنظيم الأعمال الإدارية في الدوائر الشرعية حيث جاء في المادة الأولى قوله: لكل شخص حق التوكيل بلا تقييد[1]، وهناك جملة شروط فيمن يريد إجازة المحاماة في هذا التنظيم نجملها فيما يأتي:

١ ـ أن لا يقل عمره عن إحدى وعشرين سنة.

٢ ـ أن يكون حسن السيرة والسلوك.

٣ ـ أن يكون من رعايا حكومة جلالة الملك.

٤ ـ أن يكون من المتحصلين على الشهادة النهائية من المعهد السعودي أو القسم العالي من مدارس الفلاح أو على شهادة تعادل إحدى هاتين الشهادتين بقرار من مديرية المعارف.

وفي الوقت الحاضر يكتفى بشهادة كلية الشريعة ويزكى من قاضيين في المحكمة ومن لا يحمل شهادة كلية الشريعة ويريد أن يمتهن هذه المهنة يجرى له اختبار فإن نجح أعطي الإجازة وإلا فلا وتمنح الإجازة وزارة العدل.

وكما سبق لا يوجد نظام يبين عملهم في المملكة وعند سؤالي لأحد المحامين أخبرني بما سبق ذكره آنفاً وحين سألته عن العمل الذي تمارسونه أجاب مشكوراً وكالات في الخصومات واستشارات شرعية وأنا لا أقبل الوكالة إلا في المشاكل العقارية.

***

---

(١) ص١٢.

المبحث الرابع
شروط الركن الرابع «المدعى به»

يشترط الفقهاء في هذا الركن شروطاً يتفقون في جملتها ويختلفون في تفصيلها.

الأول: أن يترتب عليه مصلحة، والمصلحة عند الأصوليين هي أمر حقيقي لا تختل بمعارضة المفسدة[1].

الثاني: أن يكون معلوماً غير مجهول.

الثالث: أن يكون محتمل الثبوت عقلاً وعادة[2].

التفصيل:

الشرط الأول:

أن يكون المدعى به في ذاته مصلحة مشروعة والهدف من المطالبة به تحصيل مصلحة مشروعة وهذا الشرط لم يصرح بلفظه هذا أحد من الفقهاء وإنما يأتون بعبارات تدل عليه ظناً، وقد أشار صاحب نظرية الدعوى إلى هذا الشرط بقوله: «وهذا الشرط متفق على مضمونه عند جميع الفقهاء وإن كانت هذه الصيغة المذكورة في المتن غير موجودة في كتبهم»[3].

فالحنفية يشترطون هذا الشرط عندما قال صاحب درر الحكام: وإنما تصح الدعوى إذا ألزمت شيئاً على الخصم بعد ثبوتها وإلا كان عبثاً

---

(١) الأحكام للآمدي.

(٢) نظرية الدعوى بين الشريعة والقانون، محمد نعيم عبدالسلام ٣٠٤/١.

(٣) نظرية الدعوى ٣٠٤/١.

لا يقدم عليه عاقل[1].

فإذا قصد من الدعوى العبث فلا تقبل وضد العبث المصلحة المرادة من رفع الدعوى.

وجاء في الأشباه والنظائر للسيوطي الشافعي: أن الدعوى لا تسمع إلا بحق[2]، وحول هذا المعنى جاء في شرح الفوائد السمية شرح النظم المسمى بالفرائد السنية[3].

وجاء في شرح المنتهى قال: ولا تسمع بينة بحق أدنى معين قبل دعواه بحقه وتحريرها[4].

فمن هذه النصوص يتضح أن الدعوى لا تسمع إلا بحق فأما إذا لم تكن بحق فإن القاضي يرفضها والحق هو تلك المصلحة التي تحصل للمدعي إذا أثبت ادعائه.

* * *

شرط المصلحة لدى رجال القانون

لما كان شرط المصلحة محل اتفاق بين الفقهاء الشرعيين في الدعوى فقد ركز عليه علماء القانون وجعلوه عمدتهم في قبول الدعوى وكتبوا عنه الشيء الكثير وقالوا: إنه لا دعوى بغير مصلحة وأن المصلحة هي مناط الدعوى[5] حتى أن بعضهم اعتبره الشرط الوحيد

---

(١) شرح غرر الأحكام لمحمد بن فراموز ٢/٣٣٠.
(٢) ص ٥١٩.
(٣) لمحمد بن الحسن الكواكبي ٢/٣٠٥.
(٤) لمنصور بن يونس الحنبلي ٤/٢٧٦.
(٥) المرافعات المدنية والتجارية، أحمد أبو الوفا ١/١٩٣.

لقبول الدعوى[1].

جاء في المادة (٣) من قانون المرافعات المصري قال: لا يقبل أي طلب أو دفع لا تكون لصاحبه فيه مصلحة قائمة يقرها القانون ومع ذلك تكفي المصلحة المحتملة إذا كان الغرض من الطلب الاحتياط لدفع ضرر محدق أو الاستيثاق لحق يخشى زوال دليله عند النزاع فيه[2].

ونص هذه المادة موجود في مشروع نظام المرافعات السعودي حيث جاء في المادة الثالثة منه قال: لا يقبل أي طلب أو دفع لا تكون لصاحبه فيه مصلحة قائمة مشروعة ومع ذلك تكفي المصلحة المحتملة إذا كان الغرض من الطلب أو الدفع الاحتياط لدفع ضرر محدق أو الاستيثاق لحق يخشى زوال دليله عند النزاع[3]. فاعتبرت الأنظمة الحديثة شرط المصلحة ولو محتملة كافياً لرفع الدعوى وقبولها ولما كان هذا الشرط محل اهتمام من فقهاء الشريعة والقانون أحببنا التفصيل فيه عند رجال القانون، فالمصلحة: هي المنفعة التي يجنيها المدعي من التجائه إلى القضاء، فالأصل أن الشخص إذا اعتدي على حقه تحققت له مصلحة في الالتجاء إلى القضاء وهو أيضاً يبتغي منفعة من هذا الالتجاء، فهي أذن الباعث على رفع الدعوى وهي من ناحية أخرى الغاية المقصودة منه[4].

شروط وخصائص المصلحة:

الأول: أن تكون قانونية.

الثاني: أن تكون شخصية ومباشرة.

---

(١) الوسيط في شرح قانون المرافعات المدنية والتجارية، رمزي سيف ١٣٨/١.

(٢) ص ٧ و٨ من قانون المرافعات المصري.

(٣) مشروح نظام المرافعات السعودي ص١.

(٤) المرافعات المدنية والتجارية وأبو الوفا ١٩٤/١، وأصول المرافعات، أحمد مسلم ٣٢٢/١.

الثالث: أن تكون قائمة.

الرابع: أن تكون حالة[1].

جاء في المرافعات المدنية والتجارية قال: والمصلحة التي يعتد بها هي المصلحة القانونية ويشترط أن تكون شخصية ومباشرة وأن تكون قائمة وحالة[2].

التفصيل الأول: أن تكون قانونية أي: تستند إلى حق أو مركز قانوني بحيث يكون الغرض من الدعوى حماية هذا الحق أو المركز القانوني بتقريره إذا نوزع فيه أو دفع العدوان عليه أو تعويض ما لحق به من ضرر بسبب ذلك[3]، وأما إذا كانت المصلحة لا تستند إلى حق أو مركز قانوني فلا يعتد بها ولا تكفي لقبول الدعوى وتكون المصلحة غير قانونية إذا كانت مخالفة للنظام العام والآداب كطلب شخص تنفيذ عقد تم بينه وبين خليلته مضمونه استمرار العلاقة بينهما، أو كانت اقتصادية كطلب تاجر بطلان شركة تنافسه في تجارته دون أن يكون شريكاً في هذه الشركة[4].

الثاني: أن تكون شخصية ومباشرة، ويقصد بذلك أن يكون رافع الدعوى هو صاحب الحق أو المركز القانوني محل النزاع أو نائبه بحيث يكون الغرض من الدعوى حماية حق أو مركز قانوني لرافع الدعوى أو من ينوب عنه رافع الدعوى نائباً عن غيره فلا تقبل الدعوى من غير صاحب الحق أو المركز القانوني المعتدى عليه مهما كان للغير من مصلحة في حماية حق غيره، ولذا لا تقبل دعوى زوجة في حياة زوجها،

---

(١) المراجع السابقة والوسيط في شرح قانون المرافعات، رمزي سيف ١/١١٣، والمرافعات المدنية والتجارية، عبدالمنعم الشرقاوي ١/٣٠.

(٢) المرافعات المدنية والتجارية، أبو الوفا ١/١٩٥.

(٣) الوسيط في شرح قانون المرافعات، رمزي سيف ١/١١٣.

(٤) المرافعات المدنية والتجارية، أبو الوفا ١/١٩٦.

أو دعوى ابن في حال حياة أبيه ببطلان تصرف أجراه الزوج أو الوالد لأن حق الزوجة أو الابن في مال الزوج أو الأب لا يتقرر إلا بوفاة الزوج أو الوالد[1].

وأما قولهم مباشرة فيقصد به أن يكون صاحب الحق أو نائبه مقصوداً بالمصلحة التي تعود عليه من الدعوى وذلك لاستبعاد الدعاوى التي يرفعها غير أصحاب الحقوق ممن يطولهم بعض الفائدة من ثبوت الدعوى من غير أن يكونوا مقصودين بهذه الفائدة الثانوية[2]، وهذا الشرط هو شرط الصفة في نظر معظم شراح قانون المرافعات[3].

وهناك استثناء لهذه القاعدة وهي دعاوى الحسبة والنيابة العامة والدعاوى النقابية.

جاء في أصول المرافعات قال: على أن القانون قد أباح رفع بعض الدعاوى ولو لم تكن للمدعي مصلحة شخصية فيها ويحصل ذلك بالنسبة لدعاوى الحسبة ودعاوى النيابة العامة والدعاوى النقابية[4]. وقد خول القانون النيابة العامة حق رفع الدعوى العمومية (الجنائية) وحق طلب حل الجمعيات وحق طلب شهر إفلاس التاجر وغير ذلك، وأوضح أن المصلحة في هذه الدعاوى ليست شخصية للنيابة فهي استثناء محقق من شرط المصلحة الشخصية لقبول الدعوى ولكن لا يمكن القول بأنها مرفوعة من غير ذي صفة فالصفة متوافرة بحكم القانون[5].

وجاء في المرافعات المدنية والتجارية قال: والأصل أن يرفع الدعوى صاحب الحق المعتدى عليه لأنه وحده صاحب الصفة في رفعها،

---

(١) الوسيط، رمزي سيف ١/١١٥.
(٢) نظرية الدعوى ١/٣٣٩.
(٣) المرجع السابق ص٣٤٠.
(٤) لأحمد مسلم ١/٣٣٤.
(٥) المرجع السابق ص١/٣٣٥.

وإنما أجاز المشرع استثناء من هذه القاعدة العامة قبول بعض الدعاوى دون أن يكون رافعها صاحب الحق المعتدى عليه وذلك كدعوى النيابة العمومية ودعاوى الحسبة للنيابة العمومية باعتبارها ممثلة للصالح العام أمينة على مصلحة القانون أن ترفع في أحوال استثنائية بعض الدعاوى في المواد المدنية والتجارية ومواد الأحوال الشخصية كدعوى بطلان الجمعيات وشهر الإفلاس وكالدعاوى الحسبية ودعاوى النيابة العمومية تنحو نحو دعاوى الحسبة التي تجيز الشريعة الإسلامية رفعها من أي شخص بقصد الدفاع عن حق من حقوق الله[1].

الثالث: أن تكون قائمة، والمقصود بها أن يكون حق رافع الدعوى أو المركز القانوني الذي يقصد حمايته برفع الدعوى قد وقع عليه اعتداء بالفعل، وهناك استثناء لهذه القاعدة وهو قبول الدعوى ولو لم تكن هناك مصلحة قائمة وإنما تكفي المصلحة المحتملة بمعنى أن الضرر فيها لم يقع والاعتداء على حق رافع الدعوى لم يحصل بعد وإنما هو محتمل الوقوع أو متوقع الحصول فترفع الدعوى لا لدفع ضرر وقع بالفعل وإنما لتوقي الضرر قبل وقوعه وتسمى هذه الدعاوى بالدعاوى الوقائية، وقد نص على الاستثناء ما سبق في المادة الثالثة من قانون المرافعات المصري والثالثة من مشروع نظام المرافعات السعودي[2]، ويندرج تحت هذا الاستثناء دعوى قطع النزاع ودعوى وقف الأعمال الجديدة[3]، وهذا الاستثناء ليس محل اتفاق بين علماء القانون.

الرابع: أن تكون المصلحة حالة، أي: غير مؤجلة فقد اتفقت قوانين المرافعات على عدم قبول الدعوى بالدين المؤجل ما لم يحل أجله

---

(١) أبو الوفا ١/١٩٩.

(٢) ص١.

(٣) الوسيط في شرح قانون المرافعات، رمزي سيف ١/١٢٢، المرافعات المدنية والتجارية، أبو الوفا ١/٢٠٠.

فالدائن بدين لم يحل أجل الوفاء به ليس له أن يرفع دعوى المطالبة به قبل حلول الأجل ذلك أن مثل هذه الدعوى تكون غير مقبولة لرفعها قبل الأوان والمصلحة فيها مستقبله والحاجة إلى هذه الدعوى أمر احتمالي فقد يوفي المدين بالدين اختياراً بمجرد حلول أجله، واختلف شراح القانون في قبول الدعوى بالدين إذا حل أثناء سير الدعوى أو إذا حل بعضه ولم يحل البعض الآخر وقد ذهب أكثرهم إلى قبولها في هاتين المسألتين فقط[١].

المقارنة:

وبالمقارنة بين ما ذهب إليه فقهاء الشريعة والقانون في شرط المصلحة رأيت أن الفقهاء يهتمون بإسناد الدعوى إلى حق وأنها لا تقبل إذا أسندت إلى غير حق للمدعي ورجال القانون يكادون يتفقون على شرط المصلحة في المدعى به حتى أن بعضهم يرجع جميع الشروط إلى هذا الشرط.

جاء في الوسيط قوله: إن المصلحة بأوصافها المتقدمة هي الشرط العام الوحيد لقبول الدعوى أما ما يسميه البعض الصفة فليس إلا وصفاً من أوصاف المصلحة كما أن الأهلية ليست شرطاً لقبول الدعوى وإنما هي شرط لصحة الخصومة ولصحة إجراءاتها[٢].

ويميل بعض أهل القانون إلى ما دعا إليه الفقه الإسلامي من أنه لا بد من الحق المعتدى عليه لتصح الدعوى وبمعنى آخر أن الدعوى لا بد أن تستند إلى حق.

جاء في المرافعات المدنية والتجارية قال: هذا هو شرط المصلحة بأوصافها التي اعتاد الشراح ترديدها والواقع أنه ليس ثمة فائدة من هذا

---

(١) أصول المرافعات، أحمد مسلم ٣٢٧/١.

(٢) في شرح قانون المرافعات المدنية والتجارية، رمزي سيف ١٣٨/١.

الشرط لأن وجود الحق في رفع الدعوى يعد مرادفاً للمصلحة القانونية وكون الحق مستحق الأداء هو المصلحة القائمة الحالة[1]، وفي النهاية نجد أن القانونيين يتفقون مع ما ذهب إليه الفقه الإسلامي.

الشرط الثاني:

أن يكون المدعى به معلوماً، والمراد بعلم المدعى به ما جاء في حاشية الدسوقي قال: واعلم أن المراد بعلم المدعى به تصوره أي: تميزه في ذهن المدعي والمدعى عليه والقاضي[2].

وهذا الشرط محل اتفاق بين الفقهاء[3] لكنهم اختلفوا في استثناءات هذا الشرط فكل مذهب يستثني من هذه القاعدة ما يرى أنه سائغاً لجواز سماع الدعوى بالمجهول.

جاء في بدائع الصنائع قال: ومن شروط صحة الدعوى أن يكون المدعي معلوماً لتعذر القضاء والشهادة بالمجهول[4].

وجاء في فتح القدير قال: ولا تقبل الدعوى حتى يذكر شيئاً معلوماً في جنسه وقدره لأن فائدة الدعوى الإلزام بواسطة إقامة الحجة والإلزام في المجهول لا يتحقق[5].

وجاء في حاشية الدسوقي على الشرح الكبير قال: ويدعي بمعلوم فإن ادعى بمجهول لم تسمع واحتراز بالمعلوم عن المجهول فإن ادعى

---

(١) لأبي الوفا ١/٢٠٤.

(٢) حاشية الدسوقي على الشرح الكبير ٤/١٤٤، ومثله في الشرح الصغير على أقرب المسالك ٤/٢٠٩.

(٣) بدائع الصنائع للكاساني ٦/٢٢٢، وفتح القدير لابن الهمام ٦/١٤٠، والمهذب للفيروزآبادي ٢/٣١٠، والمغني لابن قدامة ٩/٨٤، وكشاف القناع للبهوتي ٦/٣٤٤، والبحر الزخار لأحمد بن يحيى المرتضى ٥/٣٩٤.

(٤) للكاساني ٦/٢٢٢.

(٥) لابن الهمام ٦/١٤٠.

بمجهول كلي كعليه شيء أتحققه ولكن لا أدري عينه فلا تسمع دعواه[1].

وجاء في المهذب قال: لا تصح دعوى مجهول في غير الوصية لأن القصد بالحكم فصل الخصومة والتزام الحق ولا يمكن ذلك في المجهول إلى أن قال: وما لزم ذكره في الدعوى ولم يذكره سأله الحاكم عنه ليذكره فتصير الدعوى معلومة فيمكن الحكم بها[2].

وجاء في المغني قوله: ولا يسمع الحاكم الدعوى إلا محررة إلا في الوصية والإقرار لأن الحاكم يسأل المدعى عليه عما ادعاه فإن اعترف به لزمه ولا يمكنه أن تلزمه مجهولة[3].

وجاء في البحر الزخار قال: لا تسمع دعوى مجهولة لتعذر البينة عليها والحكم بها إلا في المهر والكتابة والوصايا والإقرار والنذر والخلع[4].

* * *

سماع الدعوى بالمجهول

استثنى الفقهاء بعض المواضع وصححوا الدعوى فيها بالمجهول وذلك استثناء من شرطية معلومية المدعى به المتفق عليها كما مر[5] وهي معلومية المدعى به فبعضهم يحاول وضع قاعدة يقاس عليها والبعض الآخر يأتي بأمثلة لما استثناه وهم يحاولون التسهيل في هذا الشرط متى تحقق المقصود بدونه، وهذا من أروع الأمثال على مرونة الفقه الإسلامي

(١) ٤/١٤٤.
(٢) للفيروزآبادي ٢/٣١٠.
(٣) المغني لابن قدامة ٩/٨٤، ومثله في كشاف القناع للبهوتي ٦/٣٤٤.
(٤) أحمد بن يحيى المرتضى ٥/٣٩٤، فقه زيدي.
(٥) ص١٢٤.

ومحاولة فقهائه إعطاء كل ذي حق حقه متى لم يخالف بذلك قاعدة شرعية. فهل حاولنا نحن أن نعي ذلك فنحقق صلاحية الشريعة لكل زمان ومكان.

فالحنفية استثنوا خمس مسائل وصححوا الدعوى فيها مع الجهالة وهذا ما نص عليه ابن عابدين في حاشيته حيث قال: ويستثنى من فساد الدعوى بالمجهول دعوى الرهن والغصب والوصية والإقرار ودعوى الإبراء من المجهول فبلغت المستثنيات خمسة، وفائدة صحة هذه الدعوى مع الجهالة توجيه اليمين على الخصم إذا أنكر والجبر على البيان إذ أقر أو نكل عن اليمين فتأمل[١].

وأما الشافعية، فلم يحددوا مستثنيات هذه القاعدة وإنما يمثلون للصور المستثناة، وذكر ابن أبي الدم الشافعي أن بعضهم استثنى قبول دعوى الوصية بالمجهول وبعضهم استثنى الوصية والإقرار.

جاء في أدب القاضي قال: واعلم أن أصحابنا كلهم قالوا: لا تصح الدعوى بالمجهول ولا تسمع، ثم استثنى بعضهم الدعوى بالوصية فقط وبعضهم استثنى الوصية والإقرار[٢].

وقد صرح صاحب نهاية المحتاج بما أشرنا إليه آنفاً حيث قال: وقد تسمع الدعوى بالمجهول في صور كثيرة كوصية وإقرار ودية وغرة وممر ومجرى ماء بملك الغير بل يكفي مجرد تحديده إن لم ينحصر حقه في جهة منه بل قد لا تتصور إلا مجهوله وذلك فيما يتوقف تعيينه على القاضي كفرض مهر ومتعة وحكومة ورضخ[٣].

وجاء في تحفة المحتاج: وتسمع الدعوى بالمجهول في صور كثيرة

---

(١) حاشية ابن عابدين ٥٤٣/٥.

(٢) أدب القاضي لابن أبي الدم ١٦٦/١.

(٣) نهاية المحتاج إلى شرح المنهاج للرملي ٣٤١/٨.

كوصية وإقرار لأن المقصود ثبوت الأصل لا غير ودية وغرة لانضباطهما شرعاً وممر أو مجرى ماء بملك الغير ويكفي مجرد تحديده أن لم ينحصر حقه في جهة منه بل قد لا تتصور الدعوى إلا مجهولة وذلك فيما يتوقف تعيينه على القاضي كفرض مهر ومتعة وحكومة(١).

وأما المالكية، فهم لا يصححون الدعوى بالمجهول إلا بالوصية والإقرار. جاء في الفروق قال: قالت الشافعية: لا يصح دعوى المجهول إلا في الإقرار والوصية لصحة القضاء بالوصية المجهولة كثلث مال غير معلوم وصحة المملك في الإقرار بالمجهول من غير حكم ويلزمه الحاكم بالتعيين قاله أصحابنا(٢).

وذهب الحنابلة إلى وضع قاعدة للبناء عليها فيما يصح فيه الدعوى بالمجهول فقالوا: إن الدعوى تصح بالمجهول إذا كان المدعى به مما يصح وقوع العقد عليه مبهماً ذلك أنه لما جاز أن يكون الموصى به مجهولاً صحت الدعوى بالوصية المجهولة مثلاً.

جاء في القواعد في الفقه الإسلامي لابن رجب في القاعدة الخامسة بعد المائة، فإن كانت الدعوى بما يصح وقوع العقد عليه مبهماً كالوصية والعبد المطلق في المبهم ونحوه فإنها تصح(٣).

وهذه المواضع التي أجاز فيها العلماء الدعوى في المجهول مبنية على أن الشارع الحكيم متى اعترف بحق لشخص فلا بد أنه شرع من أجل المحافظة عليه دعوى تحميه وتجعله مصاناً من أي أعتداء وهذه القاعدة تؤيدها المبادىء العامة في الشريعة الإسلامية ويقوم بتنفيذها ولي الأمر وإذا سلمت هذه القاعدة أمكن تبرير بعض ما ذكر من الصور التي

---

(١) بشرح المنهاج لابن حجر الهيثمي ومعه شرح الشرواني وابن قاسم العبادي ٢٩٦/١٠.
(٢) الفروق للقرافي ٧٢/٤.
(٣) القواعد في الفقه الإسلامي لابن رجب الحنبلي ٢٥٢/١.

يجوز فيها الدعوى بالمجهول، وذلك مثل إجازة العلماء للشخص أن يوصي بما هو مجهول لمن يريد في الحدود المسموح بها شرعاً، فإن كان هذا حقاً من حقوقه فإن كمال هذا الحق يكون بحمايته فكان لا بد من إجازة الدعوى بالوصية المجهولة لإعطاء هذا الحق معناه الصحيح[1].

هذا كله في الفقه الإسلامي، وأما القانون الوضعي فلم يجعل رجاله معلومية المدعى به من شروط صحة الدعوى وهذا مبناه على اختلافهم في الدعوى نفسها هل هي حق أو هي تصرف لحماية الحق فمن جعلها حقاً فلا تتوقف على العلم بالمدعى به لوجودها، ومن قال: إنها تعرف لحماية الحق اشترط هذا الشرط في صحيفة الدعوى[2].

الشرط الثالث:

أن يكون المدعي محتمل الثبوت عقلاً وعادة وذلك بأن لا يكون مستحيلاً عقلاً وعادة وهذا الشرط محل اتفاق بين الفقهاء.

جاء في بدائع الصنائع: أن يكون المدعى مما يحتمل الثبوت لأن دعوى ما يستحيل وجوده حقيقة أو عادة تكون دعوى كاذبة حتى لو قال لمن لا يولد مثله لمثله: هذا ابني، لا تسمع دعواه لاستحالة أن يكون الأكبر سناً ابناً لمن هو أصغر سناً منه، وكذا إذا قال لمعروف النسب من الغير: هذا ابني[3].

وجاء في البحر الرائق: أن يكون المدعى مما يحتمل الثبوت بأن لا يكون مستحيلاً عقلاً أو عادة فدعوى ما يستحيل وجوده باطلة كقوله لمن لا يولد مثله لمثله: هذا ابني، أو قال ذلك لمعروف النسب، والظاهر عدم سماع دعوى المستحيل عادة كدعوى فقير أموالاً عظيمة على غنى أنه غصبها منه[4].

---

(١) نظرية الدعوى ١/٣٦٦.
(٢) المرجع السابق.
(٣) للكاساني ٦/٢٢٤.
(٤) للزيلعي ٧/٢٠٩.

وجاء في تبصرة الحكام قال: الشرط الخامس من شروط صحة الدعوى أن تكون الدعوى مما لا تشهد العادة والعرف بكذبها[1].

وجاء في الشرقاوي على التحرير قال: لا تسمع دعوى محال كمثل جبل أحد ذهباً أو فضة[2].

وجاء في أدب القاضي قال الإصطخري: إذا ادعى سفلة على ملك أنه أقرضه مالاً أو أنكحه ابنته أو استأجره لسياسة دواب لا تسمع دعواه أخذاً من حد المدعى عليه[3].

وجاء في القواعد لابن رجب قال: لو ادعى دعوى يشهد الظاهر بكذبها مثل أن ادعى على الخليفة أنه اشترى منه ما فيه ثقل وحملها بيده لم تسمع دعواه بغير خلاف ذكره القاضي في خلافه[4].

ومن هذه النصوص عن المذاهب الأربعة يتبين لنا بجلاء أن كل واحد منهم يشترط في صحة قبول الدعوى أن يكون المدعى محتمل الثبوت عقلاً وعادة. وهذا الاشتراط منطقي فمتى ما ظهر للقاضي أن الدعوى مستحيلة وجب عليه ردها في أولها ليستريح ويريح. هذا في الفقه، أما في القانون الوضعي فلم يعتبر رجاله هذا الشرط ضمن الشروط التي اعتبروها لصحة الدعوى فذكره أهل الفقه الشرعي ولم يذكره رجال القانون الوضعي[5]، وعلى هذا النهج سار مشروع نظام المرافعات السعودي[6].

وبهذا الشرط نكون قد انتهينا من ذكر الأركان وشروطها وأنه إذا تمت هذه الشروط في الأركان كانت الدعوى صحيحة يجب على القاضي النظر فيها.

---

(١) في أصول الأقضية ومناهج الأحكام لبرهان الدين إبراهيم بن فرحون المالكي هامش على كتاب فتح العلي المالك ١٢٩/١.

(٢) ٥١٠/٢.

(٣) لابن أبي الدم ٩٢/١.

(٤) القواعد في الفقه الإسلامي لابن رجب ٣٥١/١.

(٥) المرافعات المدنية والتجارية، عبدالحميد أبو هيف ٣٢٣/١.

(٦) ص٥.



الفصل الثالث
أقسام الدعوى

المبحث الأول
أقسام الدعوى من حيث الصحة وعدمها

يتفق الفقهاء على أن هناك دعوى صحيحة وأخرى غير صحيحة. فالصحيحة هي التي يترتب عليها أحكامها إحضار الخصم ومطالبة الخصم بالجواب والإثبات بالبينة لدى الإنكار ووجوب اليمين وإحضار المدعى عليه كمن يدعي على آخر ديناً هو ثمن متاع اشتراه منه.

والقسم الثاني هي غير الصحيحة، واختلف الفقهاء في هذا القسم هل هو قسم واحد أو قسمين.

فذهب الجمهور إلى أن الباطل والفاسد هما بمعنى واحد وهما مترادفان فالباطل هو الفاسد والفاسد هو الباطل.

جاء في الأحكام للآمدي قال: الباطل نقيض الصحة بكل اعتبار من الاعتبارات والفاسد مرادف للباطل وهو عند أبي حنيفة قسم ثالث مغاير للصحيح والباطل وهو ما كان مشروعاً بأصله ممنوع بوصفه كبيع مال الربا بجنسه متفاضلاً ونحوه[1].

---

(١) ١/١٣١.

وذهب أبو حنيفة إلى أن الأقسام ثلاثة: صحيح وباطل وفاسد، فغاير بين الباطل والفاسد فجعل ما لم يشرع بأصله ووصفه باطلاً كبيع الملاقيح وما شرع بأصله دون وصفه فاسداً كالزنا فالدعوى عند الحنفية إذا فقدت ركناً من أركانها باطلة وإذا فقدت شرطاً من شروطها كانت فاسدة.

والدعوى الفاسدة هي الدعوى الصحيحة أصلاً إلا أنها غير مشروعة باعتبار أوصافها الخارجية كأن يكون المدعى به مجهولاً وهذه قابلة للتصحيح.

والباطلة هي الغير صحيحة أصلاً وهذه الدعوى غير قابلة للتصحيح ولا يترتب عليها أحكام، أي: أنه لو ثبتت الدعوى لا يترتب على الخصم شيء كما لو ادعى شخص على أحد قائلاً: إن جاري فلاناً غني وهو لا يعطيني صدقة مع كوني فقيراً فليعطيني صدقة فدعواه باطلة(١).

* * *

المبحث الثاني
أقسام الدعوى باعتبار تنوع الشيء المدعى به

تنقسم الدعاوى باعتبار تنوع الشيء المدعى به إلى قسمين رئيسيين:

أولهما: دعاوى التهم.

وثانيهما: دعاوى غير التهم وهذين القسمين تندرج تحتهما حيثيات كثيرة، ولكل من القسمين مميزاته عن الآخر.

فدعاوى التهم هي التي يكون المدعى فيها فعلاً محرماً وقع من

(١) درر الحكام شرح مجلة الأحكام لعلي حيدر ١٥٤/٤.

المدعى عليه يستوجب على فعله العقاب شرعاً وذلك كالقتل وقطع الطريق والسرقة وهذه تسمى دعوى الجناية ويختص هذا النوع بأحكام زائدة عن القسم الثاني، فمن خصائصه أن بعض هذه الدعاوى لا يثبت إلا بنصاب معين من الشهود يزيد في بعضها عن الدعاوى الأخرى عند بعض الفقهاء وذلك كالإعسار ويجيز الفقهاء في حق المتهم اتخاذ إجراء معين لا يجوز اتخاذه في الدعاوى الأخرى كتعزير المتهم أو حبسه.

والقسم الثاني: دعاوى غير التهمة وهي التي يكون المدعى فيها عيناً أو ديناً أو حقاً شرعياً محضاً كالزنا وهذا النوع يتفرع عنه كون المدعى به عيناً وهي دعاوى العين أو كونه ديناً وهي دعاوى الدين ودعاوى الحقوق الشرعية وفيما يلي تعريف كل واحد مما سبق مع ذكر مثاله وذكر ما يستفاد من هذا التقسيم عند الفقهاء.

فدعاوى العين: هي التي يكون محلها عيناً من الأعيان وهذه العين قد تكون عقاراً فتسمى دعوى العقار وقد تكون منقولة فتسمى دعوى المنقول.

ودعاوى الدين: وهي ما يكون محلها ديناً في الذمة يدعيه المدعي على المدعى عليه مهما كان سبب هذا الدين سواء كان ثمن مبيع أو عقد قرض.

ودعاوى الحقوق الشرعية: وهي ما عدا ذلك كدعاوى الشفعة والحقوق العائلية(١).

والشيء المدعى قد يكون حقاً أصلياً وقد يكون يداً أو تصرفاً وبناءً على هذا تنقسم الدعوى إلى قسمين:

دعاوى الحق، ودعاوى وضع اليد «الحيازة» والتي سنتكلم عنها

---

(١) نظرية الدعوى ٢٤٦/١.

فيما بعد[1]. ففي دعاوى الحق يطلب الحكم بالحق الأصلي وهو حق الملك أو ما يتفرع عنه من الحقوق.

ويطلب في دعاوى وضع اليد الحكم بوضع اليد على العين التي هي محل الدعوى والفقه الإسلامي لا يضع حدوداً وفواصل بين هذين النوعين من الدعاوى خلافاً للقانون الوضعي[2].

جاء في الفتاوى لابن تيمية قال: فالدعاوى قسمان: دعوى تهمة وغير تهمة. فدعوى التهمة تسمى دعوى الجناية والأفعال المحرمة وهي أن يدعي فعلاً يحرم على المطلوب يوجب عقوبته مثل قتل أو قطع طريق أو غير ذلك من أنواع العدوان المحرم كالذي يستخفي به بما يتعذر إقامة البينة عليه في غالب الأوقات في العادة، وغير التهمة أن يدعي دعوى عقد من بيع أو قرض أو رهن أو ضمان أو دعوى لا يكون فيها سبب فعل محرم مثل دين ثابت في الذمة من ثمن بيع أو قرض أو صداق أو دية خطأ أو غير ذلك فكل من القسمين قد يكون دعوى حق لله عز وجل محض كالشرب والزنا وقد يكون حقاً محضاً لآدمي كالأموال وقد يكون فيه الأمران كالسرقة وقطع الطريق[3].

فائدة: هذه التقسيمات تظهر فائدة هذا التقسيم فيما يأتي:

١ ـ تتبين في الإجراءات وطرق الإثبات المتبعة في كل قسم حيث تختلف الإجراءات وطرق الإثبات في كل قسم عن الآخر.

٢ ـ معرفة الخصم الذي تتوجه إليه الدعوى.

٣ ـ معرفة الطريقة التي يعلم بها الشيء المدعى في الدعوى.

---

(١) ص١٣٩.

(٢) نظرية الدعوى ٢٤٩/١.

(٣) ٣٨٩/٣٥، ويقاربه فتح القدير ١٥٠/٦، ومثله في تبصرة الحكام ١٥٣/٦، هامش على كتاب فتح العلي المالك.

٤ ـ معرفة القاضي الذي ينظر الدعوى[1].

* * *

التقسيم في القانون الوضعي

وقد سلك القانون الوضعي طريقة الفقهاء في أغلب الأحيان إلا أنه زاد في تفصيلاتها وذلك لكثرة الجزئيات التي تحتاج إلى وضع قواعد لها.

فقد جاء في قواعد المرافعات قال: تنقسم الدعوى إلى قسمين رئيسيين:

دعاوي عمومية: وهي التي تباشرها النيابة العامة كطلب توقيع العقاب على من يرتكب جريمة ما، وهذا النوع من الدعاوى قد تكفل بيان طبيعته وكيفية مباشرته قانون الإجراءات الجنائية.

ودعاوى مدنية: وهي التي تتعلق بأموال الشخص وحالته وقد تنشأ هذه الدعاوى عن ارتكاب جريمة ويكون موضوعها المطالبة بتعويض الجنائية بطريق التبعية للدعوى العامة وهذا لا شأن لقانون المرافعات بتنظيمها. ودعاوى مدنية ترفع بطريقة أصلية أمام القضاء المدني وتخضع لقواعد قانون المرافعات وإجراءاته. وإذا نظر إلى الدعاوى من جهة الكيفية التي تقدم بها للقضاء المدني أمكن تقسيمها إلى دعاوى مفتتحة للخصومة ودعاوى متفرعة عنها. وإذا نظرنا إلى الدعاوى من وجهة طبيعة الحق موضوع النزاع قسمناها إلى دعاوى شخصية ودعاوى عينية. وإذا نظرنا إليها من وجهة طبيعة موضوعها قسمناها إلى دعاوى عقارية ودعاوى منقولة. وإذا نظرنا إليها من الوجهتين معاً قسمناها إلى دعاوى شخصية

---

(١) نظرية الدعوى ٢٤٨/١.

عقارية وشخصية منقولة وعينية عقارية وعينية منقولة. وإذا نظرنا إليها من وجهة نوع الاتفاق أو العمل الذي نشأت عنه أمكن تقسيمها إلى دعاوى مدنية ودعاوى تجارية والدعاوى العينية العقارية. وإذا نظرنا إليها من وجهة تناولها أساس الحق أو اقتصارها على إثارة النزاع في الحيازة أمكن تقسيمها إلى دعاوى مطالبة الحق ودعاوى حيازة[1].

الفائدة من هذا التقسيم:

١ ـ معرفة من توجه إليه الدعوى.

٢ ـ معرفة المحكمة التي يكون لها الاختصاص في نظر الدعوى.

ولا أريد التطويل والإسهاب في التقسيم القانوني الوضعي وذلك لخروجه عن موضوع بحثنا ولذا أحببت الإيجاز على الإسهاب وبالمقارنة بين التقسيمين يتبين لنا ما يأتي:

١ ـ اتفاق أهل القانون مع الفقه الإسلامي على تقسيم الدعاوى إلى قسمين رئيسيين: تهمة وغير تهمة.

٢ ـ كذلك اتفقوا على تخصيص رفع كل نوع من الدعاوى إلى قاض أو محكمة لا ترفع هذه الدعاوى إلا إليها.

٣ ـ أن الفقهاء يحاولون: اعطاء القاضي حرية في الدعاوى المنوطة له ليظهر اجتهاده ويضيق أهل القانون في هذا الشيء.

٤ ـ أن التفصيلات والجزئيات والتي اعتنى فيها رجال القانون لا تتعارض مع القواعد الشرعية في الفقه الإسلامي.

٥ ـ أننا لم نوفق إلى دراسة فقهنا دراسة منطقية لنستغني به أو لنقارن به مما دعانا إلى الالتفات يمنة ويسرة.

---

(١) قواعد المرافعات، محمد العشماوي ٦٠٣/١، وأصول المرافعات، إدوارد عيد ١٧٤/٢، والوسيط في شرح قانون المرافعات المدنية والتجارية، رمزي سيف ١٣٩/١، والمرافعات المدنية والتجارية، عبدالحميد أبو هيف ٣٤٥/١.

٦ ـ أن دعاوى التهم في الفقه الإسلامي والتي أطلق عليها ابن تيمية دعاوى الجناية هي الدعوى الجنائية في القانون الوضعي وتسمى الدعاوى العمومية لمباشرة النيابة العامة لها.

٧ ـ أن غير التهم في الفقه الإسلامي هي ما سماه القانون الدعاوى المدنية وهي التي تتعلق بالشخص وأمواله وقد تكون جنائية إذا كان موضوعها المطالبة بتعويض عن ارتكاب جريمة وأخرى ترفع بطريقة أصلية أمام القضاء المدني وتخضع لقانون المرافعات.

٨ ـ أن ما يسمى بالدعاوى الشخصية الموجودة في القانون هي دعاوى الدين في الفقه الإسلامي تقريباً لسعة مفهوم الأول، والدعاوى العينية هي دعاوى العين.





الفصل الرابع
الحيازة والتقادم

المبحث الأول
تعريف الحيازة وأقوال الفقهاء فيها

الحيازة لغة: من حاز يحوز فهو حائز وحيازة، والحوز ضم الشيء. جاء في لسان العرب: الحوز الجمع وكل من ضم شيئاً إلى نفسه من مال أو غيره فقد حازه حوزاً، وحازه إليه إذا قبضه وملكه واستبد به(١).

وفي الشرع: الحيازة هي وضع اليد على الشيء والاستيلاء عليه(٢). ويشبه هذا التعريف تعريف آخر قال: الحيازة هي وضع اليد والتصرف في الشيء المحوز كتصرف المالك في ملكه(٣).

وجاء في فقه الإمام جعفر الصادق قال: معنى وضع اليد أن يستطيع صاحبها التصرف فيه تصرف المالك في ملكه بلا معارض كالزرع

---

(١) لسان العرب لابن منظور ٧٥٣/١.
(٢) حاشية الدسوقي على الدردير ٢٥٣/٤.
(٣) الحيازة والتقادم في الفقه الإسلامي، محمد عبدالجواد محمد ٤٥٥/١.

والغرس في الأرض والسكن والبناء والهدم في الدار والركوب للدابة ولبس الثوب وبيع هذه الأعيان وإجارتها وهبتها، وإعارتها ثم قال: وبالاختصار ليس للفقهاء اصطلاح خاص في وضع اليد وإنما العبرة عندهم في الصدق العرفي وإذا اختلفوا فيما بينهم في مورد أنه من وضع اليد أو غيره تحاكموا إلى العرف[1].

فالحيازة ووضع اليد لدى الفقهاء بمعنى واحد كما ظهر من تعريفهم للحيازة ووضع اليد.

وأما التقادم لغة: فهو من قدم كعنب إذا تقادم وهو ضد الحدوث، وجمعه قدماء وقدامى، ومصدره القديم[2].

وهو في القانون: طريق لاكتساب الملكية يقوم أساساً على الحيازة الطويلة مدة يحددها القانون[3].

* * *

مصدر الشيء المحوز والموضوعة عليه اليد

لا يخلو الشيء المحوز والموضوع عليه اليد من ثلاث حالات:

الحالة الأولى: أن يكون مصدر الحيازة معروفاً وذلك ما إذا آل هذا الشيء المحوز إلى صاحبه ببيع أو شراء أو هبة أو نحو ذلك، فإن هذا المصدر يكسب هذا الشيء المحوز حق الملكية.

الحالة الثانية: أن يكون مصدر الحيازة ووضع اليد محرماً شرعاً

---

(١) محمد جواد مغنية ٦/١١٧.

(٢) تاج العروس لمحمد مرتضى الزبيدي ٩/١٩.

(٣) الحيازة والتقادم في الفقه الإسلامي المقارن بالقانون الوضعي، د. محمد عبدالجواد محمد ١/٣٨.

فهذه باطلة وذلك كالحيازة الآيلة من غصب أو سرقة أو نحو ذلك، فهذه محرمة في نظر الشارع الحكيم يجب ردها على صاحبها.

الحالة الثالثة: أن لا يعرف مصدرها وذلك كحيازة الأرض التي لا يعرف صاحبها[1] وهذه هي محل البحث جاء في الطرق الحكمية لابن القيم قوله: الأيدي ثلاثة: يد يعلم أنها مبطلة ظالمة فلا يلتفت إليها، الثانية: يد يعلم أنها محقة عادلة فلا تسمع الدعوى عليها كمن يشاهد في يده دار يتصرف فيها بأنواع التصرف من عمارة وخراب وإجارة وإعارة مدة طويلة من غير منازع ولا مطالب مع عدم سطوته وشوكته فجاء من ادعى أنه غصبها منه واستولى عليها بغير حق وهو يشاهده في هذه المدة الطويلة ويمكنه طلب خلاصها منه ولا يفعل ذلك فهذا مما يعلم منه كذب المدعي وأن يد المدعى عليه محقة. الثالثة: يد يحتمل أن تكون محقة وأن تكون مبطلة فهذه هي التي تسمع الدعوى عليها ويحكم بها عند عدم ما هو أقوى منها. فالشارع لا يعتبر يد أشهد العرف والحس بكونها مبطلة، ولا يهدر يد أشهد العرف بكونها محقة، واليد المحتملة يحكم فيها بأقرب الأشياء إلى الصواب وهو الأقوى فالأقوى[2].

وقد تكلم المالكية عن الحيازة كلاماً كثيراً ولم يتعرض أصحاب المذاهب الأخرى للكلام عنها تحت هذا الاسم وإنما يتكلمون عن وضع اليد الذي اعتبره المالكية بمعنى الحيازة في تعريفهم لكنهم تكلموا كلاماً كثيراً في هذا الموضوع مما يدل على أن دعاوى الحيازة عندهم تختلف عن دعوى الحق الأصلي. ولعل أصحاب المذاهب الأخرى عندما يتكلمون عن وضع اليد بهذا اللفظ دون لفظ الحيازة لا لوجود فرق بينهما وإنما لكون وضع اليد أقوى دلالة من الحيازة على المراد فيشترطون لوضع اليد ما يشترط لدعوى الحق حيث يفهم من كلامهم. وأما المالكية

---

(١) نظرية الدعوى ٢٥١/١، والفروق للقرافي ٧٩/٤.

(٢) ص١١٥، ١١٦.

فهم يضعون شروطاً وتقسيمات ستكون محل اهتمامنا في هذا البحث.

حديثان في الحيازة ظاهرهما التعارض لدى المالكية، يعتمد المالكية في كلامهم عن الحيازة على حديثين لم أرهما إلا في كتبهم ومن ذكرهما من غيرهم أسندهما.

الحديث الأول: فيه روايتان:

الأولى: من حاز شيئاً عشر سنين فهو له[(١)].

الثانية: من حاز شيئاً عشر سنين فهو أحق به منه[(٢)].

الحديث الثاني:

قوله ﷺ: **«لا يبطل حق أمرىء مسلم وإن قدم»**[(٣)].

المعنى الأول: أن حيازة الشيء تكسب هذا الشيء الأحقية به والتصرف فيه التصرف المشروع وتدل على الملكية إذا كان صاحبه موجوداً ويرى تصرف الآخر به ولم يطالب به ولا مانع يمنعه، لذا يكون الحائز معه قرينة قوية ظاهرة تجعله يتمسك بظاهر اليد ليكون مدعى عليه ويكلف مطالبه بالبينة الصعبة التحقيق وعلى الرواية الأولى أن هذه المدة الطويلة في الحيازة تكسبه الملكية مما ادعى الحائز ملكيته فالحيازة بذاتها لا تنقل الملكية بل تدل عليها.

---

(١) في مصنف عبدالرازق عن زيد بن أسلم مرسلاً عن كنز العمال ١٨٦/٢ بلفظ: من احتاز.

(٢) مواهب الجليل لشرح مختصر خليل ٢٢٩/٦.

وهذه الأحاديث تذكرها كتب المالكية الفقهية ولم أطلع عليها في موطأ مالك ولا في أكثر كتب الحديث، وقال ابن القيم عن حديث: **«من حاز شيئاً عشر سنين فهو له»**: إنه لا يثبت. أما فقهاء المذهب المالكي فهم يأخذون بهذه الأحاديث ويجمعون بينها. وذكر ابن وهب في المدونة: أن حديث **«من حاز شيئاً عشر سنين»** بقوله عن عبدالجبار بن عمر عن ربيعة بن أبي عبدالرحمن عن سعيد بن المسيب برفع الحديث إلى النبي ﷺ قال عبدالجبار: وحدثني عبدالعزيز بن المطلب عن زيد بن أسلم عن النبي ﷺ بمثله عن المدونة ٤٢/١٣.

(٣) المصدر السابق.

والحديث الثاني على عمومه يدل على أن الحقوق لا تنقضي بمضي المدة التي وردت في الحديث متى ما كان صاحب الحق غائباً أو له مانع من القيام بدعواه فله المطالبة بحقه متى وجد سبب مقبول، وكذلك إذا نقلت الملكية بواسطة الحيازة بشروطها فإنه يظل حق المالك الأصلي في الباطن وإنما ظاهراً حكم لصاحب اليد توقيفاً للمشاكل وجعل الناس يهتمون وينظرون إلى حقوقهم فيحرصون عليها ويحمونها ممن تعرض لها.

جاء في مواهب الجليل قال: وقوله عليه السلام: «**لا يبطل حق امرىء مسلم وإن قدم**» معلل بوجود الأسباب المانعة من الطلب بالغيبة البعيدة وعدم القدرة على الطلب مع الحضور حتى إذا ارتفعت هذه الأسباب من الطلب كان طول المدة مع السكوت والحضور دلالة يقوى بها سبب المطلوب بدليل قوله ﷺ: «**من حاز شيئاً على خصمه عشر سنين فهو أحق به**»، فأطلق عليه السلام ذكر الحيازة فهو عام في كل ما يحاز في ربع ومال معين وغيره[1]، فذهب التعارض في كون حديث الحيازة عام وحديث عدم سقوط الحق بالتقادم معلل بوجود الأسباب كما ظهر ذلك واضحاً من النص السابق.

وجاء في نظرية الدعوى: أن الحيازة في الفقه الإسلامي مصلحة يرعاها الشارع ويحميها إلى أن يتبين ارتكازها على سبب باطل فلا يعترف فيها ولو طالب وهي حق مقصود للإنسان يصح أن تطلب بالدعوى سواءً طلب الحكم بها أو طلب إعادتها إلى من سلبت منه أو دفع التعرض لها أم غير ذلك فالحيازة محمية في الفقه الإسلامي إلى أن يثبت عدم أحقيتها[2].

* * *

(١) شرح مختصر خليل للحطاب ٦/٢٢٩.
(٢) نظرية الدعوى ١/٢٥٤.

استدل الفقهاء بالسنة والمأثور والإجماع.

أولاً: السنة: عن عبدالله بن مسعود قال: «قال رسول الله ﷺ: **من حلف على يمين وهو فيها فاجر ليقتطع بها مال امرىء مسلم لقي الله وهو عليه غضبان**، فقال الأشعث: فيَّ والله كان ذلك، كان بيني وبين رجل يهودي أرض فجحدني فقدمته إلى النبي ﷺ فقال رسول الله ﷺ: **ألك بينة؟** قال: قلت: لا، فقال لليهودي: **احلف**، فقال: قلت: يا رسول الله إذاً يحلف ويذهب بمالي، قال: فأنزل الله سبحانه: ﴿إِنَّ ٱلَّذِينَ يَشۡتَرُونَ بِعَهۡدِ ٱللَّهِ وَأَيۡمَٰنِهِمۡ ثَمَنٗا قَلِيلًا أُوْلَٰٓئِكَ لَا خَلَٰقَ لَهُمۡ فِي ٱلۡأٓخِرَةِ وَلَا يُكَلِّمُهُمُ ٱللَّهُ وَلَا يَنظُرُ إِلَيۡهِمۡ يَوۡمَ ٱلۡقِيَٰمَةِ وَلَا يُزَكِّيهِمۡ وَلَهُمۡ عَذَابٌ أَلِيمٞ ٧٧﴾[(١)]»[(٢)].

وجه الدلالة: حكم النبي ﷺ لليهودي باستحقاقه الأرض بعد يمينه لكونه واضعاً يده عليها ولم يسأله عن سبب الملك حين عجز المدعي عن البينة.

عن أبي موسى الأشعري: أن رجلين اختصما إلى النبي ﷺ في أرض أحدهما من حضرموت فقال رسول الله ﷺ للمدعى عليه: «**احلف بالله الذي لا إله إلا هو**، فقال المدعي: يا رسول الله ليس لي إلا يمينه؟ قال: **نعم**، قال: إذاً يحلف ويذهب بأرضي، فقال رسول الله ﷺ: **إن حلف كاذباً لم ينظر الله إليه يوم القيامة ولم يكلمه وله عذاب أليم**» فتورع الرجل عنها فردها عليه[(٣)].

---

(١) آل عمران: ٧٧.

(٢) رواه البخاري في صحيحه في باب كلام الخصوم بعضهم في بعض ٤١/٢، وأخرجه الأئمة الستة في كتبهم. عن نصب الراية ٩٥/٤.

(٣) أخرجه مسلم والترمذي والنسائي وأبي داود. عن سنن أبي داود ٣٢٤/٣ في باب الرجل يحلف على علم فيما غاب عنه، تعليق محمد محيي الدين عبدالحميد، ورواه البخاري ومسلم في القضاء عن وائل بن حجر، نصب الراية ٩٤/٤.

وجه الدلالة: أن رسول الله ﷺ حكم لأحد الشخصين المسلمين المتنازعين إليه في أرض لأحدهما لكونها تحت يده ولم يكلفه غير اليمين عندما عجز المدعي عن البينة.

٣ ـ أن أمير المؤمنين علي رضي الله عنه افتقد درعاً له وهو بصفين فوجده عند يهودي فحاكمه إلى قاضيه شريح وجلس بجنبه مرتفعاً عليه وقال: لولا أن خصمي يهودي لاستويت معه في المجلس ولكني سمعت رسول الله ﷺ يقول: «**لا تسووا بينهم في المجلس**»، ثم ادعى بالدرع فأنكر اليهودي وقال شريح: ما أرى أن تخرج من يده فهل من بينة: فقال علي رضي الله عنه: صدق شريح. فقال اليهودي: أمير المؤمنين قدمني لقاضيه وقاضيه قضى عليه فأشهد أن لا إله إلا الله وأن محمد رسول الله وأشهد أن هذا الدين هو الحق وأن الدرع درع أمير المؤمنين[(١)].

وجه الدلالة: حكم القاضي شريح على أمير المؤمنين علي رضي الله عنه بعدم استحقاقه للدرع لعجزه عن البينة واستحقاق اليهودي للدرع لكونه تحت يده.

٤ ـ إجماع الأئمة على أن وضع اليد يدل على الملك وإن اختلفوا في جزئيات المسألة.

فذهب الحنفية إلى أن وضع اليد حجة لاستحقاق الملك عند عجز

---

(١) سنن البيهقي، روي بوجهين، أحدهما: عن أبي الحسن وسلسل الأسماء الشعبي الذي رواه. والوجه الآخر: عن الأعمش عن إبراهيم التيمي وهو ضعيف ١٠/١٣٦، وفي نيل الأوطار أخرجه أبو أحمد الحاكم عن الأعمش عن إبراهيم التيمي وقال: منكر، وأورده ابن الجوزي في العلل من هذا الوجه وقال: لا يصح، وتفرد به أبو سمية، ورواه البيهقي من وجه آخر من طريق جابر عن الشعبي وفي إسناده عمرو بن سمرة عن جابر الجعفي وهما ضعيفان. قال ابن الصلاح في كلامه على الوسيط: لم أجد له إسناد يثبت الأثر وروي أن الرجل يهودي كما روي أنه نصراني والجملة أن الأثر عن علي ضعيف لكن معناه صحيح.

المدعي عن البينة فوضع اليد أقصى ما يستدل به على الملك ويعمل به إذا طال الزمان.

جاء في الأشباه والنظائر لابن نجيم: أنه لا ينزع شيء من يد أحد إلا بحق ثابت معروف وأنه لا يكلف واضع اليد بينة ولا إظهار حجة، ولذا لا يجوز للسلطان تكليف الناس إلى إثبات ما بأيديهم البينة ولو كلفهم ذلك لما بقي ملك في يد أحد وإذا وضع الشخص يده على شيء وتصرف فيه المدد المتطاولة فإن هذا دليل الاستحقاق ظاهراً وهذا عند عدم البينة[1].

وذهب الإمام مالك إلى أن وضع اليد موجب لاستحقاق الملك عند عجز المدعي عن البينة ولا يكلف المدعى عليه بعد اليمين أن يبين سبب الملك[2].

وذهب الشافعية إلى أن وضع اليد موجب للملك أيضاً عند عجز المدعي عن البينة ذكره العسقلاني في شرحه على البخاري وهو شافعي حيث قال: كحلف المدعى عليه باليمين مع ضعفها لأن جانبه قوي بوضع اليد[3]. فكأن ضعف اليمين جبره وضع اليد.

وجاء في نهاية المحتاج على المنهاج قال: ولو كانت العين بيده تصرفاً أو إمساكاً فأقام غيره بها بينة وأقام هو بها بينة بينت سبب الملك أم لا، أو قالت: كل اشتراها أو غصبها من الآخر قدم من غير يمين صاحب اليد[4].

وذهب الحنابلة إلى القول بما قال به أصحاب المذاهب الثلاثة من

(١) لابن نجيم ٢٩٢/١.

(٢) حاشية الدسوقي على الدردير ٢٣٦/٤.

(٣) فتح البخاري شرح صحيح البخاري، أحمد بن علي بن حجر العسقلاني ١٧٣/١٣.

(٤) لأحمد الرملي ٣٦٢/٨.

اعتبار واضع اليد هو الأحق بما تحت يده من غيره على ما ذكره وفصله ابن القيم[1].

هذا الذي مضى عند عدم البينة لكن ما الحكم عندما يأتي المدعي ببينة تدل على أنه ملك له.

لا خلاف بين الفقهاء على أن البينة تقدم على الحيازة متى لم يمض عليها زمان طويل.

فذهب الحنفية إلى رفض الدعوى عندما يمر عليها ـ أي: على وضع اليد ـ خمس عشرة سنة.

ومبنى هذه المدة المعتبرة بهذا القدر أمر السلطان للقاضي بعدم سماع الدعوى متى مضت هذه المدة وهذا مأخوذ من أن السلطان له حق استثناء بعض الخصومات. وعليه فإن الإمام لو أمر بعدم سماع الدعوى بعد عشر أو خمس سنين جاز له ذلك وهذا محل اتفاق بين الفقهاء.

جاء في الأشباه والنظائر قال: القضاء يجوز تخصيصه وتقييده بالزمان والمكان واستثناء بعض الخصومات وعلى هذا لو أمر السلطان بعدم سماع الدعوى بعد خمس عشرة سنة لا تسمع ويجب على القاضي عدم سماعها وذلك لأن أمر السلطان يصير المباح واجباً ولكن يجب على السلطان أن يسمعها[2].

وقد جاء أمر سلطاني بعدم سماع الدعوى بعد مضي خمسة عشر عاماً[3].

جاء في مجلة الأحكام العدلية مادة (١٦٦٠): لا تسمع دعوى

---

(١) الطرق الحكمية لابن القيم ١/١١٥.

(٢) لابن نجيم ١/٣٦٩.

(٣) مجلة الأحكام العدلية ١/٢٣٦.

الدين والوديعة والعقار والملك والميراث وما لا يعود من الدعاوى إلى العامة ولا أصل الوقف في العقارات الموقوفة كدعوى المقاطعة أو التصرف بالإجارتين والتولية المشروطة والغلة بعد أن تركت خمس عشرة سنة[1].

وهذا في غير الأعذار الشرعية ولهذا تنبه واضعو مجلة الأحكام العدلية فجاء في المادة (١٦٦٣): والمعتبر في هذا الباب يعني مرور الزمان المانع لاستماع الدعوى ليس هو إلا مرور الزمان الواقع بلا عذر، وأما الزمان الذي مر بعذر شرعي ككون المدعي صغيراً أو مجنوناً أو معتوهاً سواء كان له وصي أو لم يكن أو كونه في ديار بعيدة مدة سفر أو كون خصمه من المتغلبة فلا تعتبر. هذه المدة في الشيء الذي يدعيه الشخص لنفسه أو لغيره وإنما دعواه تكون دعوى ملك، لكن إذا كان يدعي الشيء المحاز بأنه وقف فقد زاد الحنفية في المدة المعتبرة فجعلوها تسمع إلى ست وثلاثين سنة. جاء في المجلة مادة (١٦٦١): تسمع دعوى المتولي والمرتزقة التي هي في حق أصل الوقف إلى ست وثلاثين سنة ولا تسمع بعد مرور ست وثلاثين سنة. مثلاً إذا تصرف أحد في ملك ستاً وثلاثين سنة ثم ادعى متولي وقف أنه من مستغلات وقفي فلا تسمع دعواه[2].

أما في المذهب المالكي فلم يتفق فقهاؤه على عدد معين من السنين كما أنهم لم يفرقوا بين من ادعى الشيء لنفسه أو ادعى أنه وقفاً إلا أن البينة تسمع في الوقف ولو طال الزمان فجعل بعضهم مدة الحيازة عشر سنين، وبعضهم قال: عشر سنين بين الأجانب وأربعين سنة بين الأقارب، وقال بعضهم: في الدور ونحوها عشر سنين، وفي الدابة والأمة

(١) مجلة الأحكام العدلية ٢٣٦/١، ٢٣٧/١.
(٢) مدونة مالك ٤٢/١٣.

سنتان، ولم ينقل عن مالك تحديده مدة الحيازة وإنما جعلها لاجتهاد الحاكم.

جاء في حاشية الدسوقي، وقال مالك: تحدد باجتهاد الحاكم[1]. وجاء في حاشية الدسوقي: وكما لو شهدت البينة على الحائز عشرة أعوام بعدية أو بأن هذا المحوز حبس[2] أو طريق أو مسجد فالحيازة عشرة أعوام لا تنفع مع وجود البينة الشاهدة بذلك[3]. وقال: هذه المدة في حق الأوصياء، وأما الوقف بأنواعه فتسمع فيه البينة ولو تقادم الزمن[4].

ولم أقف في مذهب الشافعية والحنابلة على تحديد مدة معينة وإنما يستفاد من إعطائهم للإمام حق النظر في بعض الخصومات أنه يجوز له تحديدها فإذا ما حددها أصبحت واجبة الاتباع أو تترك لاجتهاد القاضي.

والخلاصة: أن هناك قواعد هامة وعامة تستخلص من دراسة الحيازة أشار إليها الدكتور محمد عبدالجواد حيث قال: ومن دراسة النصوص التي نقلناها والتي لم ننقلها في حيازة الأموال المنقولة من الحيوان والثياب والرقيق والعروض بصفة عامة يمكننا استخلاص القواعد العامة الآتية:

١ ـ التفرقة بين العقار وغير العقار (المنقول).

٢ ـ اختلاف مدة الحيازة في العقار عنها في المنقول.

٣ ـ الاعتداد بأعمال التفويت في الأموال المنقولة[5].

---

(١) حاشية الدسوقي على أحمد الدردير ٢٣٥/٤.

(٢) حبس: بمعنى وقف.

(٣) حاشية الدسوقي على الدردير ٢٣٦/٤.

(٤) المرجع السابق.

(٥) الحيازة والتقادم في الفقه الإسلامي ١٦٢/١.

وعشر السنين التي اعتبرها المالكية كافية في الشيء المحوز هي في العقار، أما في غيرها فقللوا من المدة.

جاء في حاشية الدسوقي قال: والعشر سنين إنما هي شرط في حيازة العقار وهو الأرض وما اتصل بها من بناء أو شجر وأما غيره فلا يشترط فيه هذا الطول ففي الدابة تستعمل في ركوب ونحوه وفي أمة الخدمة تستخدم السنتان[1].

❋ ❋ ❋

الوضع في المملكة العربية السعودية والتي اتخذت من الرواية الراجحة في مذهب أحمد مذهباً لها

يختلف الوضع في المملكة العربية السعودية وذلك لاختلاف المحاكم، فهناك المحاكم الشرعية جعل العمل فيها بالمذهب الحنبلي، وهناك المحاكم الأخرى والتي يطلق عليها اسم لجان في الغالب منها لجنة فض المنازعات التجارية وغيرها[2] كثير وقد سماها الدكتور سليمان

---

(١) حاشية الدسوقي على الدردير ٢٣٥/٤.

(٢) التنظيم القضائي في المملكة، د. سليمان السليم، وعدد من الهيئات شبه القضائية في نظره: ١ ـ ديوان المظالم، ٢ ـ وهيئة حسم المنازعات التجارية، ٣ ـ والغرف التجارية والصناعية، ٤ ـ اللجان المركزه لقضايا الغش التجاري، ٥ ـ هيئة محاكمة الوزراء، ٦ ـ لجان تسوية خلافات العمل، ٧ ـ المحكمة التجارية، ٨ ـ الهيئات المختلفة بتأديب الموظفين وغيرها، ٧٨/١.

ويخالف الدكتور محمد عبدالجواد الدكتور سليمان السليم في تسمية هذه المؤسسات بهيئات شبه قضائية فقال في كتابه التطور التشريعي في المملكة قال: أطلق الدكتور سليمان السليم على هذه الهيئات القضائية المؤسسات شبه القضائية ونحن لا نأخذ بهذا الرأي لأنه بالرغم من أن تشكيل هذه الهيئات لا يتفق تماماً مع القواعد العامة في التنظيم القضائي، إلا أن اختصاص هذه الهيئات اختصاص قضائي محض وهذا ثابت=

السليم وزير التجارة هيئات شبه قضائية ثم سردها[1] والتي تأخذ من القانون الوضعي مصدراً لها ويبسط الأمر أمامنا واضحاً تعميم رئاسة القضاة رقم ٣/١٨٤٩ في ١٣٨٥/٦/٤هـ جاء فيه: «بلغنا أن بعض القضاة يرد بعض القضايا إلى مكاتب العمل والعمال أو غيرها من الدوائر بحجة أن ذلك من اختصاص جهة معينة، وغير خاف أن الشريعة الإسلامية كفيلة بإصلاح أحوال البشرية في كل المجالات وجميع النواحي المادية وغيرها وفيها كفاية تامة لحل النزاع وفك الخصام وإيضاح كل مشكل، وفي الإحالة لتلك الجهات إقرار للقوانين الوضعية وموافقة على الأنظمة المخالفة لقواعد الشريعة المطهرة وإظهار المحاكم بمظهر العجز والكسل وإعلان عن التنصل عن الواجبات والتهرب من المسؤوليات فاعتمدوا النظر في كل ما يرد إليكم والحكم فيه بما يقضي به الشرع الشريف واجتهدوا في إنجازه وإتقانه بكل ما تستطيعون واحذورا عن رد أي قضية إلى أي جهة وما أشكل عليكم فاكتبوا لنا عنه[2].

وتبين لنا من هذا النص ما يأتي:

١ ـ المحاكم الشرعية تحكم وفق مذهب الإمام أحمد وبالرواية الراجحة فيه المستمد من الشريعة الإسلامية.

٢ ـ اللجان الأخرى تحكم بالقوانين الوضعية.

٣ ـ تداخل أعمال المحاكم مع اللجان.

٤ ـ اختلاف الأحكام والاجتهادات في بعضها عن البعض الآخر، ويدل عليه أن هناك قضية عرضت على بعض اللجان التجارية فحكمت

= قطعاً بالنص على أن هذه الهيئات تملك سلطة الحكم وإن كانت النصوص تعتبرها أحياناً قرارات بالغرامة المالية والحبس والمصادرة ويمكن القول بأن القرارات الإدارية بالغرامات والمصادرة يمكن أن تدخل باختصاصات بعض اللجان الإدارية ولكن الحكم بالحبس لا يمكن إلا أن يكون من اختصاص القضاء ١/١٧٠.

(١) المصدر السابق.

(٢) التنظيم القضائي في المملكة العربية السعودية، د. سليمان السليم ١/٧٧.

بسقوط الحق المثبت في ورقة تجارية لعدم المطالبة به في المدة المحددة ولجأ الدائن الذي صدر الحكم ضده أمام المحكمة الشرعية فحكمت له بحقه وذلك بناءً على رواية في مذهب الإمام أحمد بأن الحق لا يسقط بالتقادم واللجنة لما قضت ضد الدائن بناءً على أن نظامها يجيز لها سقوط الدين بمرور زمن معين[1].

ولو كان القضاء موحداً ومقنناً في المملكة لما حصل مثل هذا الإشكال.

والخلاصة:

أن الشريعة الإسلامية والقانون الوضعي متفقان في النتيجة التي تتمخض عن وضع اليد مدة طويلة دون منازع ودون قيام عذر للمدعي. تلك النتيجة هي اعتبار واضع اليد هو المالك ولكن يختلفان في الوسيلة المؤدية إلى تلك النتيجة فالقانون لا يمنع سماع الدعوى وإنما يوجب الحكم بها لواضع اليد واعتبار مضي المدة بمثابة دليل لأنها قرينة على التملك فيصبح مالكاً قانونياً لها بعد تلك المدة.

أما الشريعة فتقرر عدم سماع الدعوى فقط حيث لو أقر واضع اليد بملكية المدعي لها سمعت وحكم بها له ولذلك فلا تسقط الحق مهما طال الزمن، ولكن لا يجيز سماع الدعوى به بعد تلك المدة. ولذا إذا لم تسمع دعوى شخص على آخر بحجة مرور زمن معين عليها فإن حقه باق عند الله وقد سلك ابن القيم في الطرق الحكمية مسلكاً مرناً يتمشى مع مرونة الشريعة وصلاحيتها لكل زمان ومكان فلم يحدد مدة معينة لسماع الدعوى أو عدم سماعها وإنما ترك ذلك للعرف والعادة.

جاء في الطرق الحكمية قال: إذا رأينا رجلاً حائزاً لدار متصرفاً فيها

---

(١) التطور التشريعي في المملكة، د. محمد عبدالجواد محمد ١٧٤/١.

مدة سنين طويلة بالهدم والبناء والإجارة والعمارة وهو ينسبها إلى نفسه ويضيفها إلى ملكه وإنسان حاضر يراه ويشاهد أفعاله فيها طول هذه المدة وهو مع ذلك لا يعارض فيها ولا يذكر أن له فيها حقاً ولا مانع يمنعه من المطالبة بالحقوق وليس بينه وبين المتصرف في الدار قرابة ولا شركة في ميراث وما أشبه ذلك مما تتسامح به القرابات والعهد بينهم في إضافة أحدهم أموال الشركة إلى نفسه بل كان غريباً من ذلك أجمع، ثم جاء بعد طول هذه المدة يدعيها لنفسه ويريد أن يقيم بينة على ذلك فدعواه غير مسموعة أصلاً فضلاً عن يمينه وتبقى الدار في يد حائزها لأن كل دعوى ينافيها العرف وتكذبها العادة فإنها مرفوضة غير مسموعة. قال تعالى: ﴿خُذِ ٱلْعَفْوَ وَأْمُرْ بِٱلْعُرْفِ وَأَعْرِضْ عَنِ ٱلْجَٰهِلِينَ ﴿١٩٩﴾﴾[1]، وأوجبت الشريعة الرجوع إلى العرف عند الاختلاف في الدعاوى. هذا مذهب أهل المدينة مالك وأصحابه وهو الصواب[2].

ويستخلص من هذا النص شروط لا تسمع الدعوى على الحائز متى توافرت:

١ ـ مضي مدة طويلة على الحيازة بنية التملك.

٢ ـ تصرف الحائز تصرفات المالك من هدم وبناء وأجارة وغير ذلك.

٣ ـ حضور الطرف الآخر وعلمه أو مشاهدته بتصرفات الحائز.

٤ ـ عدم معارضة المدعي لتلك التصرفات.

٥ ـ عدم قيام مانع يمنع المعارضة ويمنعه من الإدعاء والمطالبة بحقوقه.

---

(١) الأعراف: ١٩٩.

(٢) لابن القيم ١/١٢٤.

٦ ـ عدم وجود صلة بين الحائز والمدعي من قرابة أو مشاركة يحتمل معها التسامح بتصرفات الحائز.

٧ ـ أن يكون الإدعاء منافياً للعرف وتكذبه العادة[١].

* * *

المبحث الثاني
أقسام الحيازة في الفقه الإسلامي من حيث القوة والضعف

جعل الحنفية الحيازة من حيث القوة والضعف أربعة أقسام، جاء ذلك في قواعد الأحكام. قال: اليد عبارة عن القرب والاتصال وللقرب والاتصال مراتب بعضها أقوى من بعض في الدلالة:

أعلاها: ما استند اتصاله بالإنسان كثيابه التي هو لابسها وعمامته ومنطقته وخاتمه وسراويله ونعله الذي في رجله ودراهمه التي هي في كمه أو جيبه أو يده، فهذا الاتصال أقوى الأيدي لاحتوائه عليها ودنوه منها.

الرتبة الثانية: البساط الذي هو جالس عليه والبغل الذي هو راكب عليه فهذه بالرتبة الثانية.

الرتبة الثالثة: الدابة التي هو سائقها أو قائدها فإن يده في ذلك أضعف من يد راكبها.

الرتبة الرابعة: الدار التي هو ساكنها ودلالتها دلالة الراكب والسائق والقائد لأنه غير مستول على جميعها[٢].

وهذا التقسيم في المذهب الحنفي بني على الشيء المحوز وبمَ

---

(١) النظام القضائي الإسلامي ١/٢٩٢.

(٢) في مصالح الأنام لعبدالعزيز بن عبدالسلام السلمي ١/١٤١.

تكون حيازته، فالمرتبة الأولى: ما اتصل بالإنسان كثوبه وتكون حيازته بلبسه، الثانية: البساط وحيازته بالجلوس عليه، الثالثة: الدابة وتكون بقيادتها، الرابعة: البيت الذي هو ساكن فكأنه جعل استعمال الشيء في الذي أعد له أعلى الدرجات ويتضاعف بإخراجه عما أعد له.

أما المالكية، فنظروا للتقسيم من حيث الأشخاص ثم بنوا على هذا التقسيم ما تكون به الحيازة.

جاء في شرح مختصر خليل قال: قال ابن رشد والحيازة تنقسم إلى ستة أقسام: أضعفها حيازة الأب على ابنه، ويليها حيازة الأقارب الشركاء بالميراث أو بغيره، ويليها حيازة القرابة فيما لا شرك بينهم فيه والموالي والأختان الشركاء بمنزلتهم، ويليها حيازة الموالي والأختان فيما لا شرك بينهم فيه، ويليها حيازة الأجانب فيما لا شرك بينهم فيه وهو أقواه، ثم قال: والحيازة تكون بثلاثة أشياء: أضعفها السكنى والازدراع، ويليها الهدم والبنيان والغرس، ويليها التفويت بالبيع والهبة والصدقة والنحلة والعتق والكتابة والتدبير والوطء وما أشبه ذلك مما لا يفعله الرجل إلا في ماله والاستخدام في الرقيق والركوب في الدابة كالسكنى فيما يسكن والازدراع فيما يزرع والاستغلال في ذلك كالهدم والبنيان في الدور والغرس في الأرضين[١].

فأنت ترى من تقسيم المالكية وضوح تقسيمهم من حيث الأشخاص ثم بيانهم بعد ذلك بأي شيء تحصل حيازة كل نوع وأنه كلما زادت العلاقة اشتدت الشروط في الحيازة وكلما قلت العلاقة خفت الشروط.

وكل هذا مبني على اجتهاد الفقهاء حيث لا نصوص في المسألة يمكن التعويل عليها لأن هذه المسائل من الفروع التي يمكن أن تختلف

---

(١) للحطاب وهو مواهب الجليل لشرح مختصر خليل ٦/٢٢١.

فيها وجهات النظر وهذا من أسرار صلاحية الشريعة الإسلامية لكل زمان ومكان فهل وعينا ذلك؟

* * *

بمَ تكون الحيازة عند المالكية

تكون الحيازة عند المالكية بعمل واحد من ثلاثة أمور وهذا العمل يحدد القوة والضعف.

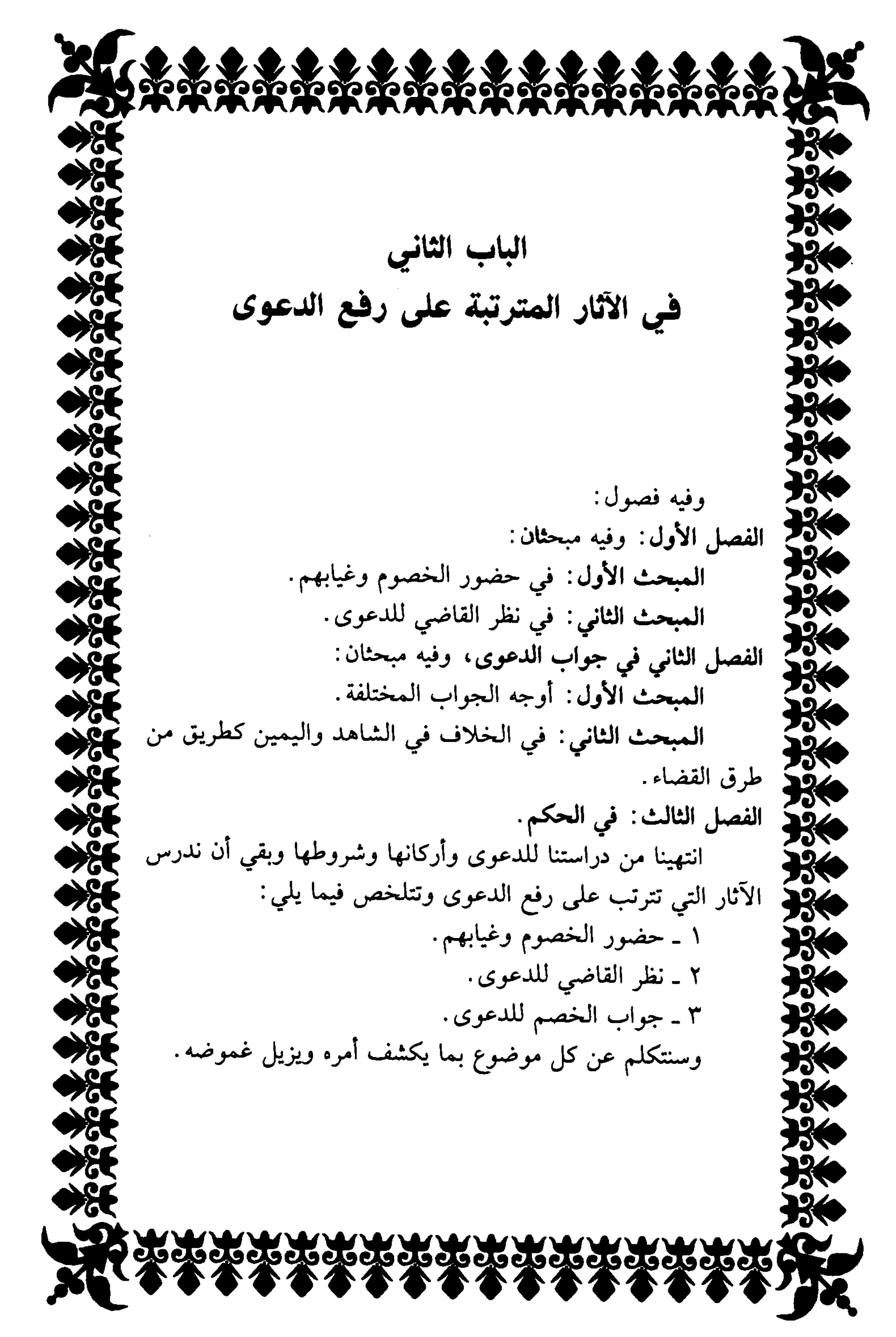
جاء في مواهب الجليل: والحيازة تكون بثلاثة أشياء: أضعفها السكنى والازدراع، ويليها الهدم والبناء والغرس والاستغلال، ويليها التفويت بالبيع والهبة والصدقة والنحلة والعتق والكتابة والتدبير والوطء وما أشبه ذلك مما لا يفعله الرجل إلا في ماله[1].

ويستنتج من تفصيلهم السابق قاعدة عامة هي: أن حيازة الشيء المحوز هي في التصرف فيه بما يناسبه وبما أعد له عرفاً.

❑ ❑ ❑ ❑ ❑ ❑

---

(١) شرح مختصر خليل للحطاب ٢٢٢/٦.



الباب الثاني
في الآثار المترتبة على رفع الدعوى

وفيه فصول:

الفصل الأول: وفيه مبحثان:

المبحث الأول: في حضور الخصوم وغيابهم.

المبحث الثاني: في نظر القاضي للدعوى.

الفصل الثاني في جواب الدعوى، وفيه مبحثان:

المبحث الأول: أوجه الجواب المختلفة.

المبحث الثاني: في الخلاف في الشاهد واليمين كطريق من طرق القضاء.

الفصل الثالث: في الحكم.

انتهينا من دراستنا للدعوى وأركانها وشروطها وبقي أن ندرس الآثار التي تترتب على رفع الدعوى وتتلخص فيما يلي:

١ ـ حضور الخصوم وغيابهم.

٢ ـ نظر القاضي للدعوى.

٣ ـ جواب الخصم للدعوى.

وسنتكلم عن كل موضوع بما يكشف أمره ويزيل غموضه.



المبحث الأول
حضور الخصوم وغيابهم

إذا حضر الخصمان أمام القاضي نظر خصومتهما وحدد لهما ميعاداً للحضور فيه وهذا هو المطلوب منهم ديناً، لكن تأتي المشكلة عندما يمتنع الخصم عن الحضور أمام القضاء، ولهذا الامتناع عدة صور وللقاضي طرق شتى تجاه هذا الخصم الممتنع عن الحضور وامتناع المدعى عليه إما أن يكون لدعوة المدعي أو لدعوة القاضي ولكل من الأمرين السبيل في الوصول إلى حضور الخصم أمام القضاء ونختم الكلام في هذا الموضوع في الحكم على الغائب.

* * *

دعوة المدعي لخصمه المثول أمام القاضي

في الأصل ينبغي إجابة المدعى عليه للمدعي ما لم يكن هناك عذر قاهر من مرض ونحوه. لقوله تعالى: ﴿وَإِذَا دُعُوٓاْ إِلَى ٱللَّهِ وَرَسُولِهِۦ لِيَحۡكُمَ بَيۡنَهُمۡ إِذَا فَرِيقٞ مِّنۡهُم مُّعۡرِضُونَ ﴿٤٨﴾ وَإِن يَكُن لَّهُمُ ٱلۡحَقُّ يَأۡتُوٓاْ إِلَيۡهِ مُذۡعِنِينَ ﴿٤٩﴾ أَفِي

قُلُوبِهِم مَّرَضٌ أَمِ ٱرْتَابُوٓا۟ أَمْ يَخَافُونَ أَن يَحِيفَ ٱللَّهُ عَلَيْهِمْ وَرَسُولُهُۥ ۚ بَلْ أُو۟لَٰٓئِكَ هُمُ ٱلظَّٰلِمُونَ ﴿٥٠﴾ إِنَّمَا كَانَ قَوْلَ ٱلْمُؤْمِنِينَ إِذَا دُعُوٓا۟ إِلَى ٱللَّهِ وَرَسُولِهِۦ لِيَحْكُمَ بَيْنَهُمْ أَن يَقُولُوا۟ سَمِعْنَا وَأَطَعْنَا ۚ وَأُو۟لَٰٓئِكَ هُمُ ٱلْمُفْلِحُونَ ﴿٥١﴾﴾[1].

وجه الدلالة: أن هذه الآيات الكريمات دلت بوضوح على إجابة الداعي إلى شرع الله والمطبق له وهو القاضي. لذا وجبت دعوة المدعى عليه للمدعي إذا دعاه، ونعت على المخالفين ذلك. والحاصل: أن الدين يأمر بإجابة دعوة الخصم للنظر فيما بينهما إما بنفسه أو وكيله ما لم يكن هناك عذر مانع.

جاء في كشاف القناع قال: فصل: إذا تخاصم اثنان فدعا أحدهما صاحبه إلى مجلس الحكم لزمته إجابته في الحضور معه إلى مجلس الحكم[2].

* * *

دعوة القاضي للخصم ووجوب إجابة دعوته

المسلك الذي يسلكه القاضي لطلب المدعى عليه لا يخلو الأمر من أن يكون الخصم قريباً أو بعيداً فإن كان قريباً وجب على القاضي أن يحضره بمجرد الدعوى وإن كان بعيداً فإنه لا يجب على القاضي إحضاره بمجرد الدعوى بل لا يجوز له ذلك لأن حضور بعض الناس لمجلس القضاء يزري بهم وقد لا يكون للمدعي غرض صحيح من دعواه إلا أذية خصمه وإنما يجب عليه ذلك أن يعضد دعواه ببينة يقيمها. هذا كله عند الأحناف، وقال بعضهم: يكتفى باليمين لصدق دعوى المدعي[3].

---

(١) النور: ٤٨ ـ ٥١.

(٢) كشاف القناع ٦/٣٢٧.

(٣) نظرية الدعوى ٢/٨١.

والمالكية يفرقون بين القريب والبعيد يلزمه القاضي بالحضور والبعيد يحكم عليه غائباً.

جاء في القوانين الفقهية قال: وعلى المذهب فلا يخلو أن يكون في البلد أو في غيره فإن كان في البلد أو بمقربة منه أحضره القاضي بخاتم أو كتاب أو رسول فإن اعتذر بمرض أو شبهة أمره بالتوكيل، وإن تغيب لغير عذر أحضره قهراً[1]، فإن لم يوجد طبع على باب داره وإن كان بعيد الموضع كتب له فإن حضر وإلا قضى في الخصومة غيابياً، والشافعية والحنابلة يتفقون على أن المدعى عليه لا يخلو إما أن يكون قريباً أو بعيداً فالقريب يستدعيه القاضي دون تحرير الدعوى والبعيد لا بد من تحرير دعواه فإن حضر وإلا حكم عليه غيابياً والقريب دون مسافة القصر[2].

جاء في المغني والشرح الكبير قال: فصل: ولا يخلو المستعدى[3] عليه من أن يكون حاضراً أو غائباً فإن كان حاضراً في البلد أو قريباً منه فإن شاء الحاكم بعث مع المستعدي عوناً يحضر المدعى عليه وإن شاء بعث معه قطعة من شمع أو طين مختوماً بخاتمه فإذا بعث معه ختماً فعاد فذكر أنه امتنع أو كسر الختم بعث إليه عيوناً فإن امتنع أنفذ صاحب المعونة فأحضره فإذا أحضره وشهد عليه شاهدان بالامتناع عزره إن رأى ذلك وإن اختبأ بعث من يدعو على بابه ثلاثاً أنه لم يحضر فإن لم يحضر بعث الحاكم من ينادي على بابه بحضرة شاهدي عدل أنه لم يحضر مع فلان أقام عنه وكيلاً وحكم عليه كما يحكم على الغائب وقضى حقه من ماله إن وجه له مال. وهذا مذهب الشافعي وأبي يوسف وأهل البصرة حكاه عنهم أحمد[4].

---

(١) القوانين الفقهية لابن جزي ١٩٧/١.

(٢) كشاف القناع ٢٣٥/٤، والمغني والشرح الكبير ٤١٢/١١.

(٣) الاستعداء: هو طلب الخصم إحضار خصمه، ومعنى أعداه عليه أي: يبعث رجلاً معه من أعوانه لإحضار خصمه، النظام القضائي الإسلامي ٣١٠/١.

(٤) المغني والشرح ٤١٢/١١.

وإن كان غائباً فلا يخلو إما أن يكون في ولاية القاضي أو لا، فإن كان في ولايته ولكنه بعيد طلب منه تحرير دعواه وإن لم يكن في ولايته فليس له أن يدعي عليه وله الحكم عليه بالبينة.

كيفية إعلان الدعوى:

من الأصول كتابة ورقة الدعوى على الوجه الآتي: إلى فلان ابن فلان المقيم في المحلة الفلانية في الشارع الفلاني في الدار نمرة كذا الذي يمتهن حرفة كذا قد تقدم استدعاء من أحمد بن سليمان ـ مثلاً ـ إلى هذه المحكمة يدعي فيها عليك بدين عشرة دنانير وقد طلب حضوركم إلى هذه المحكمة وقد عينت الساعة الفلانية من اليوم الفلاني لإجراء المحاكمة بينكما فأخطرك بلزوم الحضور إلى المحكمة في تلك الساعة أو بإرسال وكيل عنك وفي حالة عدم إجابتك سيعين وكيل مسخر عنك أو تجري المحاكمة في غيابك وسيحكم عليك في حالة ثبوت الدعوى وهذا هو الإخطار الأول أو الثاني أو الثالث[1]، هذا على مذهب الحنفية. أما الجمهور فلا حاجة إلى الخصم المسخر فتسمع الدعوى على الغائب دون وضع وكيل مسخر.

* * *

دعوة القاضي للخصم في أنظمة المرافعات الحديثة

لقد حاولت النظم الحديثة للمرافعات وضع أسس تتخذ لجلب الخصم إلى المحكمة المثار أمامها النزاع ولكن على حد علمنا لا يوجد هناك عقوبة مدنية أو جنائية تتخذ تجاه الشخص المتخلف عن الحضور.

فعندما تنشأ الخصومة برفع الدعوى لدى المحكمة وذلك بقيدها في

(١) درر الحكام شرح مجلة الأحكام العدلية لعلي حيدر ٦٢٤/٤.

قلم كتاب المحكمة فإن مهمة التكليف بالحضور تقع على عاتق أناس مختصين يسمون بالمحضرين عملهم جلب الخصوم وإحضار كل من ترغب المحكمة في إحضاره[1]، وهؤلاء موظفون من قبل الدولة وهم بمثابة أعوان القضاة، وبعض الدول تعتبرها مهنة حرة كسائر المهن ينظمها القانون كمهنة المحاماة وعليه العمل في فرنسا[2]، وهؤلاء المحضرون هم المكلفون بإيصال صحيفة الدعوى لدى الخصم ويشترط القانون أن تحتوي على البيانات التالية:

جاء في قانون المرافعات المدنية والتجارية المصري:

مادة (٩) قال: يجب أن تشتمل الأوراق التي يقوم المحضرون بإعلانها على البيانات الآتية:

١ ـ تاريخ اليوم والشهر والسنة والساعة التي حصل فيها الإعلان.

٢ ـ اسم الطالب ولقبه ومهنته أو وظيفته وموطنه واسم من يمثله ولقبه ومهنته أو وظيفته وموطنه كذلك إن كان يعمل لغيره.

٣ ـ اسم المحضر والمحكمة التي يعمل بها.

٤ ـ اسم المعلن إليه ولقبه ومهنته أو وظيفته وموطنه فإن لم يكن موطنه معلوماً وقت الإعلان فآخر موطن كان له.

٥ ـ اسم وصفة من سلمت إليه صورة الورقة وتوقيعه على الأصل أو إثبات امتناعه وسببه.

٦ ـ توقيع المحضر على كل من الأصل والصورة.

مادة (١٠): تسلم الأوراق المطلوب إعلانها إلى الشخص نفسه أو في موطنه ويجوز تسليمها في الموطن المختار في الأحوال التي يبينها

---

(١) نظام تركيز مسؤوليات القضاء الشرعي ص٢١.

(٢) نظرية الدعوى ٢/٨٩.

القانون وإذا لم يجد المحضر الشخص المطلوب إعلانه في موطنه كان عليه أن يسلم الورقة إلى من يقرر أنه وكيله أو أنه يعمل في خدمته أو أنه من الساكنين معه من الأزواج والأقارب والأصهار.

مادة (١١): إذا لم يجد المحضر من يصح تسليم الورقة إليه طبقاً للمادة السابقة أو امتنع من وجده من المذكورين فيها عن الاستلام وجب عليه أن يسلمها في اليوم ذاته إلى مأمور القسم أو المركز أو العمدة أو شيخ البلد الذي يقع موطن المعلن إليه في دائرته حسب الأحوال وعلى المحضر خلال أربع وعشرين ساعة أن يوجه إلى المعلن إليه في موطنه الأصلي أو المختار كتاباً مسجلاً يخبره فيه أن الصورة سلمت إلى جهة الإدارة ويجب على المحضر أن يبين ذلك كله في حينه في أصل الإعلان وصورته ويعتبر الإعلان منتجاً لآثاره من وقت تسليم الصورة إلى من سلمت إليه قانوناً[١].

وبالنظر في هذه المواد تبين لنا جلياً محاولة الأنظمة الحديثة إلى الوصول إلى مكان الشخص وإلى الكيفية التي يجب أن تتخذ لإحضاره، وأظن أن هذا التنظيم لا يتعارض مع مبادىء الفقه الإسلامي لكن لا بد لنا من الوقوف هنيهة عندما ننقل هذه النصوص بحذافيرها من القوانين الغربية.

الوضع في المملكة العربية السعودية:

العمل في المملكة العربية السعودية الآن يقارب ما عليه العمل في النظم الوضعية. ففي تنظيم الأعمال الإدارية في الدوائر الشرعية الصادر عام ١٣٧٢هـ أن المحكمة عليها أن تشعر المدعى عليه بالحضور في الوقت المحدد لنظر الدعوى وذلك بواسطة المحضر.

---

(١) قانون المرافعات المدنية والتجارية المصري ص٩.

جاء في هذا النظام مادة (٣) قال: على المحكمة أن تشعر المدعى عليه بالحضور في الوقت المعين لسماع الدعوى عليه وعلى المدعى عليه بالحضور في الوقت الذي تحدده بدون تأخير.

مادة (٦): إذا امتنع المدعى عليه من التوقيع وكان لا يعرف الكتابة ولم يكن له ختم وجب على من يتولى إشعاره بيان ذلك في الأصل بحضور شاهدين يوقعان على الأصل مع توقيع من يتولى الإشعار ويكتفي بذلك.

مادة (٧): كيفية إشعار المدعى عليه أن تبعث المحكمة إليه ورقة جلب على نسختين نموذج رقم ـ ٢ ـ مع خلاصة الدعوى المقامة عليه وعلى المحاكم عند تكليف المدعي بتقديم استدعاء وإلا صورة دعواه خطياً بل عليه رصد الدعوى بالضبط والسير فيها بالوجه الشرعي.

مادة (٨): على المحضر أن يرجع إلى دائرة المحكمة قسيمة الإشعار موقعة من المدعى عليه بما يفيد تسلمه للإشعار[١].

وقد أخذ مشروع نظام المرافعات السعودي بما أخذت به القوانين الوضعية.

فجاء في المادة (٨) قال: يجب أن تشتمل الأوراق التي يقوم المحضرون بتبليغها على:

أ ـ موضوع التبليغ وتاريخ اليوم والشهر والسنة والساعة التي حصل بها التبليغ.

ب ـ الاسم الكامل لمن وجه إليه التبليغ ومهنته أو وظيفته ومحل إقامته والاسم الكامل لمن يمثله ومهنته أو وظيفته ومحل إقامته كذلك.

جـ ـ الاسم الكامل للموجه إليه التبليغ ومهنته أو وظيفته ومحل

---

(١) تنظيم الأعمال الإدارية في الدوائر الشرعية ص٥.

إقامته فإن لم يكن محل إقامته معلوماً وقت التبليغ فآخر محل إقامة كان له.

د ـ اسم المحضر والمحكمة التي يعمل بها.

هـ ـ اسم وصفة من سلمت إليه صورة ورقة التبليغ وتوقيعه على أصلها أو إثبات امتناعه وسببه.

و ـ توقيع المحضر على كل من الأصل والصورة.

مادة (٩): يجوز أن يوجه التبليغ إلى محل عمل الموجه إليه التبليغ بدلاً من محل إقامته ويسلم المحضر صورة التبليغ إلى من وجه إليه نفسه إن وجد ولو في غير محل إقامته وعمله وإلا فيسلم إلى من يوجد في محل إقامته الساكنين معه من أهله وأقاربه وأصهاره أو من يوجد من أتباعه فإذا لم يوجد منهم أحد أو امتنع من وجد عن تسلم الصورة سلمت حسب الأحوال لعمدة المحلة أو مدير قسم الشرطة أو عريف القرية أو شيخ القبيلة أو أمير البلدة الذي يقع محل إقامة الموجه إليه التبليغ وعمله في نطاق اختصاصهم وعلى المحضر أن يبين ذلك في حينه بالتفصيل في أصل التبليغ ويجب على المحكمة خلال أربع وعشرين ساعة من تسليم الصورة إلى الجهة الإدارية أن ترسل إلى الموجه إليه التبليغ في محل إقامته أو عمله خطاباً مصحوباً بعلم وصول تخبره أن الصورة سلمت إلى الجهة الإدارية وعلى مراكز الشرطة وعمد المحلات أن يساعدوا محضر المحكمة على أداء مهمته في حدود اختصاصه[١].

وقد اتضح لنا من سياق نص المشروع أنه سار على ما سارت عليه الأنظمة الوضعية حتى أنه سايرها نصاً فلم يحاول واضعوه أن يخالفوا قانون المرافعات المدنية والتجارية المصري.

---

(١) مشروع نظام المرافعات السعودي ص٢.

محاكمة الغائب

لا يخلو أمر الغائب من ثلاث حالات:

الأولى: أن يكون غائباً عن الحكم حاضراً في مجلسه.

الثانية: أن يكون غائباً عن مجلس الحكم وحاضراً في بلده.

الثالثة: أن يكون غائباً عن بلد الحكم.

الحالة الأولى:

اتفق الفقهاء على أن الخصم إذا كان غائباً عن الحكم حاضراً في مجلسه فلا يجوز الحكم عليه إلا بعد حضوره وإمضاء الحكم عليه بعد إعلامه[1] وذلك لارتفاع الضرورة.

الكلام عن الحالة الثانية وهي:

ما إذا كان غائباً عن مجلس الحكم وحاضراً في بلده.

اختلف الفقهاء فيها على قولين والحقيقة أن لكل فقيه فيها اجتهادين:

١ ـ ذهب الشافعية والحنابلة في قول إلى أنه لا يجوز القضاء عليه إلا بعد حضوره.

٢ ـ وفي القول الآخر لهم أنه يجوز القضاء عليه كالغائب عن البلد[2].

---

(١) أدب القاضي للماوردي ٣٠٤/٢، والقوانين الفقهية لابن جزي ص ١٩٧، والمقنع لابن قدامة ٦٢/٣، وكشاف القناع ٣٥٢/٦، وجامع الفصولين ٤٣/١.

(٢) أدب القاضي للماوردي ٣٠٤/٢، والمغني والشرح الكبير ٤٨٧/١٢.

وقد نقل بعض الفقهاء الاتفاق على أنه لا يقضى على غائب حاضر في البلد مع إمكان إحضاره.

جاء في الروض النضير قال: ولا يقضى على الغائب الحاضر في البلد مع إمكان إحضاره اتفاقاً بين أهل المذاهب[1].

وجاء في أدب القاضي قال: أن يكون الخصم غائباً عن مجلس الحكم وحاضراً في بلده فقد اختلف أصحابنا هل يجري مجرى الغائب عن البلد في جواز القضاء عليه أو يكون كالحاضر في مجلس الحكم من المنع من القضاء عليه على وجهين، أحدهما: وهو الظاهر من مذهب الشافعي لا يجوز القضاء عليه إلا بعد حضوره للقدرة عليه في الحال كالحاضر في المجلس. وثانيهما: وهو مذهب ابن شبرمة وأحمد وإسحاق يجوز القضاء عليه كالغائب عن البلد. قال ابن شبرمة: أحكم عليه ولو كان وراء جدار[2].

وجاء في المغني والشرح الكبير قال: فصل: فأما الحاضر في البلد أو قريب منه إذا لم يمنع من الحضور فلا يقضي عليه قبل حضوره في قول أكثر أهل العلم. وقال أصحاب الشافعي في وجه لهم أنه يقضي عليه في غيبته لأنه غائب أشبه الغائب عن البلد[3].

وهذا فيما إذا لم يمتنع الخصم من الحضور أو يمنع، فإن امتنع لغير عذر أو منع جاز القضاء عليه.

الكلام عن الحالة الثالثة وهي:

ما إذا كان غائباً عن بلد الحكم.

---

(١) شرح مجموع الفقه الكبير لشرف الدين الحسين أحمد السياني ٤٣٩/٣.
(٢) للماوردي ٣٠٤/٢.
(٣) المغني والشرح الكبير ٤٨٧/١٢.

قبل الكلام عن المسألة لا بد من تحديد البعد:

أولاً: عند الحنفية لم يحدد الأحناف البعد وذلك لشهرة القول عندهم بعدم الحكم على الغائب[1].

والمالكية وقع عندهم اختلاف في المسافة المعتبرة وتضاربت أقوال فقهائهم في المسألة وقد حاول ابن رشد تحديد مذهبهم في هذا حيث قال: الحكم على الغائب في مذهب مالك رضي الله عنه على ثلاثة أقسام:

١ ـ غائب قريب الغيبة على مسيرة اليوم واليومين والثلاثة فهذا يكتب إليه في كل حق فإما وكل وإما قدم.

٢ ـ غائب بعيد الغيبة على مسيرة عشرة أيام أو شبهها فهذا يحكم عليه فيما عدا الاستحقاق في الرباع والأصول.

٣ ـ غائب منقطع الغيبة مثل مكة من أفريقية والمدينة من الأندلس وخراسان فهذا يحكم عليه في كل شيء من الديون والعروض والرباع والأصول[2].

وعند الشافعية قولان في المسافة المعتبرة. جاء في تحفة المحتاج قال: الغائب الذي تسمع البينة ويحكم عليه من بمسافة بعيدة وهي التي لا يرجع منها مبكراً إلى موضعه ليلاً، وقيل: مسافة القصر[3].

وأما الحنابلة فلهم قول واحد في البعد وهو ما زاد على مسافة القصر للصلاة.

جاء في كشاف القناع قوله: وإن ادعي على غائب مسافة قصر له

---

(١) بدائع الصنائع ٢٢٢/٦، والمبسوط للسرخسي ٣٩/١٧.

(٢) تبصرة الحكام لابن فرحون ٧٦/١.

(٣) تحفة المحتاج بشرح المنهاج ١٨٧/١٠.

بينة سمعها الحاكم وحكم بها في حقوق الآدميين[١]. ويلحق بالغائب الممتنع عن الحضور والمستتر في البلد والمفقود ومن لا يستطيع التعبير عن نفسه كالمجنون والصغير والسفيه والميت فهؤلاء يعاملون معاملة الغائب عن البلد في جواز الحكم عليهم بالبينة مع عدم حضورهم عند من يقول به[٢].

* * *

أقوال العلماء في محاكمة الغائب

ذهب الحنفية وابن الماجشون من المالكية وابن أبي ليلى وزيد بن علي وشريح إلى عدم جواز الحكم على الغائب.

جاء في بدائع الصنائع: ومن شروط صحة الدعوى حضرة الخصم فلا تسمع الدعوى والبينة إلا على خصم حاضر إلا إذا التمس المدعي بذلك كتاباً حكمياً للقضاء به فيجيبه القاضي إليه فيكتب إلى القاضي الغائب في بلده بما سمعه من الدعوى والشهادة ليقضي عليه وهذا عندنا وعند الشافعي رحمه الله حضرة المدعى عليه ليست بشرط لسماع الدعوى والبينة والقضاء فيجوز القضاء على الغائب عنده وعندنا لا يجوز[٣].

وجاء في معين الحكام قال: ثم الدعوى الصحيحة أن يدعي شيئاً معلوماً على خصم حاضر في مجلس الحكم دعوى تلزم الخصم أمراً من الأمور وإنما شرطنا كون الخصم حاضراً لأن القضاء على الغائب وللغائب لا يجوز عندنا[٤].

---

(١) كشاف القناع ٦/٣٥٤.
(٢) تحفة المحتاج ١٠/١٨٨، وكشاف القناع ٦/٣٥٣، والمهذب ٢/٣٠١.
(٣) ٦/٢٢٢.
(٤) للطرابلسي ١/٦٢.

وجاء في المبسوط قال: إن القضاء على الغائب بالبينة لا يجوز فلا بد من خصم حاضر للمدعي ليقيم عليه البينة[1].

والظاهر من سياق نصوص كتب الحنفية أن لهم قولاً واحداً في المسألة، والحقيقة أن للحنفية قولين في هذه المسألة قول لمتقدميهم وآخر لمتأخريهم، وقد يجمع بين الرأيين أن لهم روايتين في المسألة رواية تجيز القضاء على الغائب وأخرى تمنع من القضاء عليه وقد جاء هذا واضحاً في جامع الفصولين حيث قال: الحكم على المسخر يجوز، وقيل: ينبغي أن تكون هذه المسألة على روايتين إذ حاصله الحكم على الغائب وفيه روايتان عن أصحابنا[2].

وهذا القول هو الذي سنعتمده للأحناف وهو أن لهم في المسألة روايتين ذلك لأنه يجمع بين ما يظن بأن آراءهم متضاربة وأنهم في بعض المسائل يقولون بالحكم على الغائب وفي بعض لا يقولون.

جاء في جامع الفصولين قال: وأقول: قد اضطربت آراؤهم وبيانهم في مسائل الحكم على الغائب وله ولم يضف ولم ينقل عنهم أصل قوي ظاهر تبتني عليه الفروع بلا اضطراب ولا إشكال. فالظاهر عندي أن يتأمل في الوقائع ويلاحظ الحرج والضرورات فيفتي بحسبها جوازاً وفساداً[3].

وفي ظني أن ما قاله في أول كلامه صحيح ولكني لا أوافقه على الترجيح فقد رجح أن القاضي والمفتي ينظر في القضية وجوانبها وهذا في وقته وعصره رأي سديد، ولكن في هذا الزمان الذي قل الوازع الديني فيه لدى الناس لا بد فيه من وضع شيء محدد يحاسبون على مخالفته ليكون

(1) للسرخسي ١٧/٣٩.
(2) لمحمود بن إسرائيل المشهور بابن قاضي سماوة ١/٤٣.
(3) ١/٤٣.

الحكم عاماً يستفيد منه الجميع ولا يخضع للأهواء، وأقول هذا بناءً على ما لمسته من تصرف لبعض المسؤولين في أي مسألة ما فإنه إذا أراد مساعدتك وجد مدخلاً في النظام والقانون وإن لم يرد مساعدتك قفل الباب أمامك فما بالك فيما إذا أعطي التصرف نفسه.

وجاء في القوانين الفقهية قال: يحكم للحاضر إذا سأل الحكم على الغائب خلافاً لأبي حنيفة وابن الماجشون[1].

وذهب الجمهور من المالكية والحنابلة والشافعية والهادوية والظاهرية وغيرهم إلى جواز الحكم على الغائب.

جاء في نهاية المحتاج قال في باب القضاء على الغائب: هو جائز في كل شيء سوى عقوبة الله تعالى[2].

وجاء في المغني والشرح الكبير قال: ويحكم على الغائب إذا صح الحكم عليه[3].

وجاء في المحلى لابن حزم قال: مسألة: ويقضي على الغائب كما يقضي على الحاضر وهو قول الشافعي وأبي سليمان وأصحابهما[4].

وجاء في البحر الزخار قال: وله القضاء على الغائب[5].

وعلى هذا يكون للفقهاء رحمهم الله قولان في مسألة القضاء على الغائب:

١ ـ قول لا يجيز القضاء على الغائب.

٢ ـ وقول يجيز القضاء عليه كما سبق.

---

(١) لابن جزي ١/١٩٧.
(٢) للرملي ٨/٢٦٨.
(٣) ١١/٤٨٥.
(٤) ٩/٤٤٧.
(٥) ٦/١٢٩.

الأدلة:

أدلة القول الأول: وهو الذي لا يجيز القضاء على الغائب:

استدلوا بالكتاب والسنة والمعقول.

الأدلة من الكتاب:

استدلوا بقوله تعالى: ﴿وَإِذَا دُعُوٓا۟ إِلَى ٱللَّهِ وَرَسُولِهِۦ لِيَحْكُمَ بَيْنَهُمْ إِذَا فَرِيقٌ مِّنْهُم مُّعْرِضُونَ ﴿٤٨﴾﴾[١].

وجه الدلالة: أن الذم في هذه الآية دليل على وجوب الحضور للحكم ولو نفذ الحكم مع الغيبة لم يجب الحضور ولم يستحق الذم.

ونوقش هذا الدليل بأن الآية هذه في الحاضر دون الغائب بدليل أن الدعاء لا يكون إلا للحاضر.

ونوقش أيضاً بأنها ذمت بالإعراض وذمه أحق بوجوب الحكم عليه من إسقاطه عنه[٢].

واستدلوا أيضاً بقوله تعالى: ﴿يَٰدَاوُۥدُ إِنَّا جَعَلْنَٰكَ خَلِيفَةً فِى ٱلْأَرْضِ فَٱحْكُم بَيْنَ ٱلنَّاسِ بِٱلْحَقِّ وَلَا تَتَّبِعِ ٱلْهَوَىٰ فَيُضِلَّكَ عَن سَبِيلِ ٱللَّهِ ۚ إِنَّ ٱلَّذِينَ يَضِلُّونَ عَن سَبِيلِ ٱللَّهِ لَهُمْ عَذَابٌ شَدِيدٌۢ بِمَا نَسُوا۟ يَوْمَ ٱلْحِسَابِ ﴿٢٦﴾﴾[٣].

وجه الدلالة: أن القاضي مأمور بالقضاء بالحق اسم للكائن الثابت ولا ثبوت مع احتمال العدم، واحتمال العدم ثابت بالبينة لاحتمال الكذب فلم يكن الحكم بالبينة حكماً بالحق فكان ينبغي أنه لا يجوز الحكم بها أصلاً إلا أنها جعلت حجة لضرورة فصل الخصومات والمنازعات ولم

---

(١) النور: ٤٨.

(٢) أدب القاضي للماوردي ٣١٧/٢.

(٣) ص: ٢٦.

يظهر حالة الغيبة وقد خرج الجواب عن كلامه[1].

ونوقش هذا الدليل بأن الأخذ بالبينة ضرورة فصل الخصومات وهو منطبق على الغائب لكون الحكم عليه ضرورة لغيابه.

أدلتهم من السنة:

استدلوا بما روي عن رسول الله ﷺ أنه قال لسيدنا علي رضي الله عنه: «**لا تقض لأحد الخصمين ما لم تسمع كلام الآخر**»، وذلك عندما بعثه الرسول ﷺ قاضياً إلى اليمن فقلت: ترسلني وأنا حديث السن لا علم لي بالقضاء، فقال: «**إن الله عز وجل سيهدي قلبك ويثبت لسانك**»[2].

وجه الدلالة: نهيه ﷺ لعلي عن القضاء لأحد الخصمين قبل سماع كلام الآخر والقضاء للمدعي حال غيبة المدعى عليه قضاء لأحد الخصمين قبل سماع كلام الآخر فكان منهياً عنه للجهالة[3].

قال ابن حزم عن هذا الحديث ما نصه: أما الخبر عن رسول الله ﷺ فساقط لأن شريكاً مدلس وسماك بن حرب يقبل التلقين وحنش بن المعتمر ساقط، ثم قال: لو صح الخبر لما كان لهم به متعلق أصلاً لأنه ليس فيه أنه لا يقضى على غائب بل فيها أن لا يقضى على حاضر بدعوى خصمه دون سماع حجته وهذا شيء لا نخالفهم فيه ولا يجوز أن يقضي على حاضر ولا غائب بقول خصمه لكن بالذي أمر الله تعالى به

---

(١) بدائع الصنائع للكاساني ٢٢٣/٦.

(٢) رواه أحمد وأبو داود والترمذي والبيهقي والحاكم وفي إسناده مصعب بن ثابت بن عبدالله بن الزبير وهو ضعيف كما قال ابن معين وابن حبان وبين الذهبي ذلك الضعف، فقال: فيه لين لغلطه. وقال أبو حاتم: صدوق كثير الغلط، وقال النسائي: ليس بالقوي. وقال المنذري: لا يحتج بحديثه. وقد صحح الحديث الحاكم كما حكاه الحافظ في بلوغ المرام. عن نيل الأوطار ٣٠٨/٨.

(٣) المبسوط ٤٠/١٧، وبدائع الصنائع ٢٢٣/٦.

من البينة العدلة فقط فظهر عظيم تمويههم بالباطل ونعوذ بالله من الخذلان[1].

واستدلوا بالمعقول:

وذلك أن القضاء شرع لأجل قطع المخاصمة والمنازعة ولا نزاع مع غياب الخصم لعدم تحقق الإنكار منه، وكذلك المدعى عليه لا يخلو أمره إذا كان موجوداً من أن يقر فيحكم عليه بمقتضى إقراره أو ينكر فيثبت المدعي دعواه بالبينة فيحكم عليه بها والحكم بالإقرار يخالف الحكم بالبينة، ففي الأول: يقتصر على المقر به، وفي الثاني: يتعداه إلى غيره.

جاء في فتح القدير قوله: ولنا أن العمل بالشهادة لقطع المنازعة ولا منازعة دون الإنكار ولم يوجد ولأنه يحتمل الإقرار والإنكار من الخصم فيشتبه وجه القضاء لأن أحكامها مختلفة[2].

ونوقش هذا الدليل بأن البينة ترفع المخاصمة والمنازعة فالحكم بني عليها وأن الغائب إذا حضر وطعن في البينة سمعها القاضي.

واحتج الماوردي[3] من الشافعية للأحناف بالعرف حيث قال: ثم منع منه عرفاً قول الشاعر[4]:

حضروا وغبنا عنهم فتحكموا   فينا وليس كغائب من يشهد

---

(١) المحلى لابن حزم ٩/٣٦٨.

(٢) فتح القدير لابن الهمام ٥/٤٩٤.

(٣) في كتاب أدب القاضي ٢/٣١٠.

(٤) الشاعر: هو علي بن الجهم أبي الحسن علي بن الجهم بن بدر الجهم بن مسعود القرشي السامي الشاعر العباسي صاحب الرائية المشهورة المتوفى سنة ٢٤٩هـ. وهذه الأبيات من قصيدة ألقاها وهو في السجن يمدح بها الخليفة المتوكل ويستعطفه حين حبسه.

لو يجمع الخصمين عندك مجلس   يوماً لبان لك الطريق الأقصد
واحتج خصمي واحتججت بحجتي   لفلجت في حججي وخاب الأبعد

ونوقش هذا الدليل بأنه استدلال بقول شاعر عارض دليل أقوى منه فلا يعتد به على ما سيأتي في أدلة الجمهور[1].

أدلة القول الثاني: الذي يجيز القضاء على الغائب:

استدلوا بالكتاب والسنة والإجماع والمعقول.

أدلتهم من الكتاب:

استدلوا بقوله تعالى: ﴿يَٰٓأَيُّهَا ٱلَّذِينَ ءَامَنُوا۟ كُونُوا۟ قَوَّٰمِينَ بِٱلْقِسْطِ شُهَدَآءَ لِلَّهِ وَلَوْ عَلَىٰٓ أَنفُسِكُمْ أَوِ ٱلْوَٰلِدَيْنِ وَٱلْأَقْرَبِينَ ۚ إِن يَكُنْ غَنِيًّا أَوْ فَقِيرًا فَٱللَّهُ أَوْلَىٰ بِهِمَا ۖ فَلَا تَتَّبِعُوا۟ ٱلْهَوَىٰٓ أَن تَعْدِلُوا۟ ۚ وَإِن تَلْوُۥٓا۟ أَوْ تُعْرِضُوا۟ فَإِنَّ ٱللَّهَ كَانَ بِمَا تَعْمَلُونَ خَبِيرًا ﴿١٣٥﴾﴾[2].

وقوله تعالى: ﴿وَأَقِيمُوا۟ ٱلشَّهَٰدَةَ لِلَّهِ ۚ ذَٰلِكُمْ يُوعَظُ بِهِۦ مَن كَانَ يُؤْمِنُ بِٱللَّهِ وَٱلْيَوْمِ ٱلْءَاخِرِ ۚ﴾[3].

وجه الدلالة: أن الله سبحانه وتعالى لم يخص حاضراً من غائب فصح وجوب الحكم على الغائب كما هو على الشهادة لله فلم يخص تعالى حاضراً من غائب فصح وجوب الحكم على الغائب كما هو على الحاضر[4].

واستدلوا بقوله تعالى: ﴿يَٰدَاوُۥدُ إِنَّا جَعَلْنَٰكَ خَلِيفَةً فِى ٱلْأَرْضِ فَٱحْكُم بَيْنَ ٱلنَّاسِ بِٱلْحَقِّ﴾[5].

---

(١) ص ١٧٨، أي: آخر الصفحة نفسها.
(٢) النساء: ١٣٥.
(٣) الطلاق: ٢.
(٤) المحلى لابن حزم الظاهري ٣٦٩/٩.
(٥) ص: ٢٦.

وجه الاستدلال: أن شهادة البينة على الغائب حق فوجب الحكم بها[1].

الأدلة من السنة:

استدلوا بما روي أن هند بنت عتبة زوجة أبي سفيان بن حرب أتت رسول الله ﷺ وقالت: يا رسول الله إن أبا سفيان رجل شحيح لا يعطيني ما يكفيني وولدي إلا ما أخذت من ماله سراً فهل علي في ذلك من حرج. فقال لها: «**خذي ما يكفيك وولدك بالمعروف**»[2].

وجه الاستدلال: أن الرسول ﷺ قضى لهند بنت عتبة أن تأخذ ما يكفيها وولدها بالمعروف وكان زوجها غائب ولها بينة فحكم بها الرسول ﷺ كما لو كان الخصم حاضراً[3].

فإن قيل: إن هذا فتوى من الرسول وليس بحكم، أجيب بأن هذا حكم بدليل قوله لها: «**خذى**»، ولو كان فتيا لقال: يجوز لك أن تأخذي، وإن قيل: هو حكم بمجهول لأنه قال: «**خذي ما يكفيك وولدك بالمعروف**»، أجيب بأن المعتبر شرعاً لها ولولدها معتبر بالكفاية والحكم بالواجب المعلوم[4].

واستدل الجمهور لمذهبهم بأخبار كثيرة عن الصحابة قد تصل إلى درجة الإجماع.

---

(١) أدب القاضي للماوردي ٣١١/٢.

(٢) أخرجه الجماعة إلا الترمذي عن هشام بن عروة عن أبيه عن عائشة أن هنداً أم معاوية قالت، ذكره البخاري في البيوع وفي النفقات، ومسلم والنسائي في القضاء، وابن ماجه في الأحكام، وابن حبان في صحيحه في أول النوع الثالث من القسم الرابع. عن نصب الراية ٢٧٢/٣.

(٣) المغني لابن قدامة ١٠٩/٩.

(٤) أدب القاضي للماوردي ٣١٣/٢، والمغني لابن قدامة ١٠٩/٩.

منها ما ورد عن عمر رضي الله تعالى عنه أنه قال في خطبة له: من كان له على الأسيفع مال فليأتنا غداً فإنا بايعو ماله وقاسموه بين غرمائه وكان غائباً، وذكر عن عثمان أنه كان يقضي على الغائب[1].

واستدل الجمهور لمذهبهم بالمعقول من وجوه:

١ ـ أن البينة مسموعة بالاتفاق بين المذاهب على الغائب فيجب الحكم بها كالبينة المسموعة على الحاضر.

٢ ـ وكذلك البينة مسموعة على الميت والصغير فيجب سماعها على الغائب من باب أولى وذلك لأنهما أعجز من الغائب عن رفعها.

٣ ـ وكذلك روح الشريعة ترفض الامتناع عن إيصال الحقوق إلى أصحابها بالهرب والامتناع عن الحضور ومنع القضاء على الغائب بفتح الباب أمام الظالمين والمبطلين.

جاء في مغني المحتاج قوله: ولأن البينة مسموعة بالاتفاق على الغائب فيجب الحكم بها كالبينة المسموعة على الحاضر الساكت، وأيضاً فالحكم على الميت والصغير جائز وهما أعجز عن الدفع من الغائب ولأن في المنع منه إضاعة للحقوق التي ندب الحاكم إلى حفظها فإنه لا يعجز الممتنع من الوفاء عن الغيبة[2].

تلك أدلة الفريقين وما ورد عليها من نقد أو إجابة على نقد يتضح منها سلامة أدلة الجمهور القائلين بجواز القضاء على الغائب بالبينة وضعف أدلة الفريق الآخر القائلين بعدم جواز الحكم على الغائب لما ورد عليها من نقد واعتراض. والله أعلم.

وهذا الخلاف الذي مضى بيانه خاص في حقوق الآدميين، أما حقوق الله تعالى فقد اتفق الفقهاء على أنه لا يقضي بحقوق الله تعالى

---

(١) نظرية الدعوى ١٢٠/٢، المحلى لابن حزم ٣٧٠/٩.

(٢) مغني المحتاج إلى معرفة معاني ألفاظ المنهاج لمحمد الشربيني الخطيب ٤٠٦/٤.

على الغائب وذلك لأن مبناها على المساهلة والإسقاط والتخفيف من أجل هذا درئت الحدود بالشبهات(١).

جاء في المغني والشرح الكبير قال: ولا يقضي على الغائب إلا في حقوق الآدميين، فأما في الحدود التي لله تعالى فلا يقضي بها عليه لأن بناها على المساهلة والإسقاط، فإن قامت بينة على غائب بسرقة مال حكم بالمال دون القطع(٢).

وجاء في نهاية المحتاج تحت باب القضاء على الغائب قال: هو جائز في كل شيء سوى عقوبة الله تعالى(٣).

***

القضاء على الغائب في قوانين المرافعات الحديثة

القاعدة في القانون:

إن غياب أحد الخصوم لا يمنع المحكمة من نظر الدعوى والحكم فيها وذلك حتى لا يؤدي لهرب الخصم أو إهماله بحيث يؤدي إلى عرقلة سير العدالة، إلا أن هذا لا يعني أن حضور الخصوم كغيابهم لا يؤثر على سير الخصومة إنما يرتب قانون المرافعات على غياب الخصمين أو أحدهما أثراً على سيرها(٤).

والقانون وضع أحكاماً تخص المدعى عليه إذا غاب، وأحكاماً تخص المدعي إذا غاب، وأحكاماً تخص المدعي والمدعى عليه عند

---

(١) المغني والشرح الكبير ٤٨٧/١٢، ونهاية المحتاج شرح المنهاج ٢٦٨/٨.
(٢) ص٤٨٧.
(٣) ٢٦٨/٨.
(٤) **أصول المرافعات** لأحمد مسلم ص٥١٨ وما بعدها.

غيابهما. وسنتكلم عن هذه الافتراضات الثلاثة بما نراه يتناسب مع بحثنا.

الكلام عن غياب المدعى عليه في القانون:

إذا نودي الخصوم للمثول أمام القاضي وتبين أن الغائب هو المدعى عليه فيجب على المحكمة أن تتأكد من صحة الإعلان فإن كان صحيحاً أخرت القضية إلى جلسة تالية يعلنه بها المدعي وذلك إذا كان المعلن له غير شخص المدعى عليه فإن كان شخصه فإن المحكمة تحكم في الدعوى.

جاء في المادة (٨٤) من قانون المرافعات المصري قال: إذا تخلف المدعى عليه وحده في الجلسة الأولى وكانت صحيفة الدعوى قد أعلنت لشخصه حكمت المحكمة في الدعوى فإذا لم يكن قد أعلن لشخصه كان على المحكمة في غير الدعاوى المستعجلة تأجيل نظر القضية إلى جلسة تالية يعلن بها الخصم الغائب ويعتبر الحكم في الحالين حكماً حضورياً[١].

أما إذا كان إعلان صحيفة الدعوى باطلاً فإن القانون يوجب على المحكمة في حالة غياب المدعى عليه في الحالة الأولى أن تتحقق من تلقاء نفسها من صحة إعلانه بصحيفة الدعوى فإذا تبينت بطلان الإعلان حكمت بتأجيل القضية إلى جلسة تالية يعاد إعلان المدعى عليه بها إعلاناً صحيحاً بواسطة خصمه.

جاء في المادة (٨٥) من نظام المرافعات المصري قوله: إذا تبينت المحكمة عند غياب المدعى عليه بطلان إعلانه بالصحيفة وجب عليها تأجيل القضية إلى جلسة تالية يعاد إعلانه لها إعلاناً صحيحاً بواسطة خصمه[٢].

(١) قانون المرافعات المصري ص٣٥.

(٢) قانون المرافعات المصري ص٣٥.

وجاء في أصول المرافعات: أن القانون أوجب على المحكمة في غير الدعاوى المستعجلة تأجيل القضية ليعيد المدعي إعلان المدعى عليه وبذلك يكون الحكم الصادر في الدعوى بمثابة حكم حضوري بفرض استمرار المدعى عليه في الغياب، وقد أضاف القانون الجديد إلى الدعاوى المستعجلة الدعاوى التي يكون المدعى عليه فيها قد أعلن لشخصه فاستثناها كذلك من وجوب التأجيل لإعادة الإعلان ووصف الحكم بأنه حضوري وقد علق على الاستثناء الأخير بقوله: أما بالنسبة للدعاوى التي يكون قد حصل فيها الإعلان لشخص المدعى عليه فلا نجد تبريراً كافياً لحرمانه عند الغياب من الرعاية التي كانت مقررة له[1].

أما إذا كان إعلان صحيفة الدعوى باطلاً فإن القانون يوجب على المحكمة في حالة غياب المدعى عليه في الجلسة الأولى أن تتحقق من تلقاء نفسها من صحة إعلانه بصحيفة الدعوى فإذا ما ظهر بطلان الإعلان حكمت المحكمة بتأجيل القضية إلى جلسة تالية يعاد إعلان المدعى عليه بها إعلاناً صحيحاً بواسطة خصمه كما في المادة (٨٥) من قانون المرافعات المصري والمحكمة تؤجل القضية في هذه الحالة لتصحيح الإعلان لا لمجرد إعادة الإعلان، ذلك أنها تأمر بهذا ولو كانت الدعوى مستعجلة أو أعلنت لشخص المدعى عليه وهي تأمر المدعي أن يعيد إعلان المدعى عليه بصحيفة الدعوى كاملة إعلاناً صحيحاً ويكلفه بالحضور للجلسة الجديدة وبهذا تكون الجلسة التالية للإعلان الصحيح وتعتبر هي الجلسة الأولى بالنسبة للمدعى عليه، وتنطبق هذه القواعد في حالة تعدد المدعى عليهم وغيابهم جميعاً أو غياب بعضهم في الجلسة الأولى إذ يوجب القانون في هذه الحالة تأجيل نظر الدعوى إلى جلسة تالية يعلن المدعي بها الغائبين وقد أراد واضعو القانون من هذا رعاية مصلحة من يكون غائباً من المدعى عليهم وقد أوجب التأجيل بالنسبة

---

(١) د. أحمد مسلم ٥١٩/١.

للجميع تفادياً لتجزئة سير الخصومة وتعارض الأحكام فيها[١].

وهناك ضمانات للخصم الغائب عند الحكم عليه في القانون يقتصر بحثنا عن سردها ومن أراد الاطلاع فعليه الرجوع إلى الموجز في مبادىء القضاء المدني «قانون المرافعات لمؤلفه الدكتور وجدي راغب»[٢].

«الكلام عن غياب المدعي»:

إذا غاب المدعي فإن المحكمة تحكم إذا حضر المدعى عليه سواء حدث الغياب في الجلسة الأولى أو في جلسة تالية وهذا لا يعني وجوب حكم المحكمة في الجلسة ذاتها بل يجوز لها الحكم أو التأجيل لوقت آخر.

جاء في المادة (٨٢) من قانون المرافعات قوله: وتحكم المحكمة في الدعوى إذا غاب المدعي أو المدعون أو بعضهم في الجلسة الأولى وحضر المدعى عليه[٣].

والحكمة في هذا الإجراء ما جاء في مبادىء القضاء المدني قوله: والحكمة من أن غياب المدعي وحده لا يؤثر في سير الخصومة لأنه يعتبر قد أبدى دفاعه في صحيفة الدعوى وهو يعلم بتاريخ الجلسة مما يعني تمكينه من إبداء مزيد من الدفاع. ولذا فإن عدم حضوره يدل على عدم رغبته في تقديم دفاع جديد[٤].

وقد فصل د. أحمد مسلم في كتابه أصول المرافعات ما إذا أبدى المدعى عليه أقوالاً أو طلبات ما وإذا لم يبد، فقال: فإذا تغيب المدعي في الجلسة الأولى المحددة لنظر دعواه وحضر المدعى عليه فالأمر يتوقف على مسلك المدعى عليه.

---

(١) الموجز في مبادىء القضاء المدني، د. وجدي راغب ٣٥٦/١.
(٢) المرجع السابق ٣٥٧/١.
(٣) قانون المرافعات المصري ص٣٤.
(٤) لوجدي راغب ٣٥٤/١.

أ ـ فإذا لم يبد المدعى عليه أقوالاً أو طلبات بمعنى أن مسلكه كان سلبياً بحتاً فإن المحكمة تجد أمامها دعوى بلا خصوم فتحكم بشطبها[1].

ب ـ أما إذا أبدى المدعى عليه أقوالاً أو طلبات ما فقد أوجب القانون على المحكمة في نظر الدعوى ولها أن تحكم فيها رغم غياب المدعي وهذا الأخير ما نصت عليه المادة (٨٢)[2].

والفقرة الأولى لم أطلع عليها في قانون المرافعات المصري ولكن ربما تكون استنتاجاً من أول المادة (٨٢) القائلة: إذا لم يحضر المدعي ولا المدعى عليه حكمت المحكمة في الدعوى إذا كانت صالحة للحكم فيها وإلا قررت شطبها فإذا بقيت الدعوى مشطوبة ستين يوماً ولم يطلب أحد الخصوم السير فيها اعتبرت كأن لم تكن.

ويسري هذا على تعدد المدعون فيما إذا غابوا أو غاب بعضهم وحضر المدعى عليه فإن هذا لا يؤثر في سير الخصومة.

الكلام عن غياب المدعي والمدعى عليه معاً:

إذا غاب الخصمان في الجلسة الأولى أو غيرها فإن المحكمة تجد قضية معروضة عليها ولا تجد خصوماً أمامها. فطبقاً للمادة (٨٢) من قانون المرافعات المصري الجديد لا يخلو الأمر بين ما إذا كانت الدعوى رغم غياب الخصوم صالحة للحكم فيها بأن كان الخصوم قد أبدوا أقوالهم وعندئذ تحكم المحكمة فيها، أما إذا لم تكن صالحة للحكم فتشطب الدعوى ضرورة كما وضحت المادة (٨٢) السابقة الذكر[3].

وتنطبق هذه القاعدة على ما إذا تعدد المدعون والمدعى عليهم وغابوا جميعاً.

---

(١) الشطب للدعوى: هو عدم نظر المحكمة للخصومة لغياب خصومها. أصول المرافعات، د.أحمد مسلم ٥٢١/١.

(٢) ٥١٨/١.

(٣) أصول المرافعات، د. أحمد مسلم ٥٢٠/١.

وإذا مضى ستون يوماً على شطب الدعوى دون أن يعجلها أحد الخصوم اعتبرت الدعوى كأن لم تكن ويعني هذا زوال الخصومة بكل ما تم فيها من إجراءات ابتداء من المطالبة القضائية كما يعني زوال هذه الآثار.

❋ ❋ ❋

الوضع في المملكة العربية السعودية

وفي المملكة العربية السعودية العمل قائم في ظل نظام تنظيم الأعمال الإدارية في الدوائر الشرعية الصادر عام ١٣٧٢هـ، وقد ناقش هذا النظام غياب المدعى عليه في البلد كما ناقش غياب المدعي والمدعى عليه ولم يتطرق إلى غياب المدعي.

جاء في المادة (٢٦) من هذا النظام قوله: إذا حضر المدعي ولم يحضر المدعى عليه بمجلس الحكم في الوقت المحدد لم يقدم إلى المحكمة عذراً مقبولاً فعلى الحاكم إحضاره في الحال بواسطة مخفر الشرطة المخصص للمحكمة حالاً ويأمر المدعي بالانتظار فيما يجري إحضار خصمه ويستمر القاضي في النظر في القضايا الأخرى حتى يحضر الخصم المطلوب وينظر في دعوى خصمه عليه ولو في نهاية الجلسات، وإذا انتهى وقت الدوام بالمحكمة ولم يعثر عليه فعلى الحاكم أن يعين جلسة أخرى لا يتجاوز ميعادها الثلاثة الأيام ويكلف المخفر بالبحث عن الخصم المتخلف بمساعدة عمدة المحلة وتبليغه وقت الجلسة الثانية وإخطاره بأنه إذا لم يحضر فيها فسيستمر الحاكم في القضية ويحكم عليه غيابياً ويؤخذ عليه محضر بذلك موقع من رئيس المخفر وشاهدين، هذا إذا كان المدعى عليه من المقيمين في البلدة بما فيهم الموظفون.

وجاء في المادة (٢٧) قوله: إذا حضر في الجلسة الثانية المدعى

عليه المتخلف في الجلسة الأولى فيها وإلا فعلى الحاكم رصد المحضر بدفتر الضبط والسير في القضية وسماع البينة عليه غيابياً مع إشعار المدعى عليه بذلك وبموعد الجلسة الثالثة.

وجاء في المادة (٢٩): إذا تكرر تخلف الخصم في قضية واحدة أكثر من مرتين بدون عذر مقبول يعتبره الحاكم مختفياً وتسمع البينة ويحكم عليه غيابياً[١].

والمفهوم من هذه المواد أنها تعالج الحاضر في البلد دون الغائب والعمل عندنا في الرواية الراجحة عن أحمد وهي تجيز القضاء على الغائب.

جاء في المادة (١٦٤) من مشروع نظام المرافعات السعودي قوله: «تصدر الأحكام طبقاً لأرجح الأقوال من مذهب الأمام أحمد ووفقاً للإجراءات المنصوص عليها في هذا النظام ما عدا المسائل التي يقرر فيها مجلس القضاء الأعلى اتباع قواعد شرعية فيجب فيها أن تصدر الأحكام طبقاً لتلك القواعد[٢].

أما مشروع نظام المرافعات فقد حاكى القوانين الوضعية إذ عالج غياب المدعي وغياب المدعى عليه لكنه لم يتطرق إلى حالة ما لو غاب المدعي والمدعى عليه جميعاً وإنما تفهم من صياغتهم لهذه المواد.

جاء في المادة (٥٨): إذا غاب المدعي عن جلسة من جلسات المحاكمة ولم يتقدم بعذر تقبله المحكمة فتشطب الدعوى وله بعد ذلك أن يطلب استمرار النظر فيها حسب الأصول وفي هذه الحالة تحدد المحكمة جلسة لنظرها وتبلغ بذلك المدعى عليه فإذا غاب المدعي فتشطب الدعوى ولا تسمع إلا بقرار يصدره مجلس القضاء الأعلى بهيئته الدائمة.

---

(١) ص٨.
(٢) ص٢٣.

وجاء في المادة (٥٩) في الحالين المنصوص عليهما في المادة السابقة: إذا حضر المدعى عليه في الجلسة التي غاب عنها المدعي فله أن يطلب من المحكمة عدم شطب الدعوى والحكم في موضوعها إذا كانت صالحة للحكم فيها وفي هذه الحالة يجوز للمحكمة أن تحكم فيها ويعتبر هذا الحكم غيابياً.

وجاء في المادة (٦٠): إذا غاب المدعى عليه عن الجلسة الأولى فيؤجل النظر في القضية إلى جلسة لاحقه يبلغ بها المدعى عليه فإن غاب عن هذه الجلسة أو غاب عن جلسة أخرى فتحكم المحكمة في القضية ويعتبر حكمها في حق المدعى عليه غيابياً ما لم يكن غيابه بعد قفل باب المرافعة في القضية فيعتبر الحكم حضورياً[1].

المقارنة بين مشروع نظام المرافعات السعودي ونظم المرافعات الوضعية:

١ ـ موافقته في أكثر النقاط مع اختلاف في صياغة المواد في بعضها.

٢ ـ أن قانون المرافعات صرح في حكم ما إذا غابوا جميعاً ونظام المرافعات السعودي يفهم من سياقه للمادة (٥٩).

٣ ـ قانون المرافعات جعل المدة ستين يوماً يجوز تعجيل الخصومة فيها من أحد الطرفين ولم يتطرق المشروع لمدة معينة وإنما جعل الحق بعد شطب الدعوى في غياب المدعي مرتين لمجلس القضاء الأعلى بقرار منه يبيح سماع الدعوى.

٤ ـ اتفق المشروع مع القانون في اعتبار الغياب عن مجلس الحكم ولم يحددوا مسافة معينة كما في الفقه الإسلامي.

---

(١) ص٩.

٥ ـ الذي يظهر لي أن المشروع مستمد من قانون المرافعات المصري.

المقارنة بين الفقه والقانون:

١ ـ أن الخصم الغائب في الفقه الإسلامي هو من بمسافة قصر. فالمراد بالغياب البعد عن القاضي أو الممتنع عن الحضور، أما المراد به في القوانين الوضعية فهو الخصم الذي لم يقدم مذكرة بدفاعه ولم يشهد أية جلسة من جلسات الخصومة ولم تؤجل لإعلانه أو لإعادة هذا الإعلان[١].

٢ ـ أن بعض صور الغياب تعرضت لها القوانين الوضعية بينما لا تجد لها ذكراً في كتب الفقهاء فإنهم لم يفصلوا إلا في صورة غياب المدعى عليه كما أشاروا من طرف خفي جداً إلى غيبة المدعي حينما قرروا جميعاً بأنه لا يصح الحكم للغائب إلا تبعاً ولم يذكر الفقهاء قصداً غير الصورتين السالفتي الذكر[٢].

٣ ـ تطور وسائل الأمن والمواصلات له دور كبير في تغيير النظم والإجراءات بما لا يتعارض وقواعد الشريعة الإسلامية. جاء في مجلة الأحكام مادة (٣٩): لا ينكر تغير الأحكام بتغير الأزمان[٣].

٤ ـ أن تحديد قيام الدعوى في مكان المدعى عليه له دور كبير في عدم الحكم على الغائب مما يضيق خناق الغيبة لتتحدد في الممتنع أو المختفي. والله أعلم.

* * *

---

(١) أصول المرافعات، د. أحمد مسلم ٥٢٤/١.

(٢) نظرية الدعوى ١٣٣/٢.

(٣) ص٢٠.

المبحث الثاني
نظر القاضي للدعوى

القاضي مأمور بالحكم والعدل بين الخصمين فمتى رفعت له الدعوى وجب عليه النظر فيها والحكم فيها. ونظره يمتد إلى أصول المحاكمة والطريقة التي يتخذها معهم.

نظر القاضي في أصول المحاكمة:

إذا دخل الخصمان على القاضي فإنه يجب عليه العدل والإنصاف بين المتحاكمين فيسوي بينهما في الإذن في الدخول معاً ولا يفرد أحدهما به ولا يخص أحدهما بقيام بل عليه أن يقوم لهما جميعاً أو لا يقوم ثم أن سلما رد عليهما السلام جملة، ثم يجلسهما الحاجب أو الحاكم بين يديه ويقبل عليهما ويصغي إليهما على السواء، لما روي عن أم سلمة رضي الله عنها أن رسول الله ﷺ قال: «**من ابتلي بالقضاء بين المسلمين فليعدل بينهم في لفظه وإشارته ومقعده**»[1].

وروي عنها أيضاً أن رسول الله ﷺ قال: «**من ابتلي بالقضاء بين المسلمين فلا يرفعن صوته على أحد الخصمين ما لا يرفع على الآخر**»[2].

فيستفاد من هذه النصوص وجوب التسوية بين الخصمين وهذا أحسن لنفوسهم وهو الأليق بالقضاء ومكانه. وقد جاء في كتاب عمر بن الخطاب رضي الله عنه إلى أبي موسى الأشعري المشهور قوله وفيه: أما بعد؛ فإن القضاء فريضة محكمة وسنة متبعة فافهم إذا أولي إليك فإنه لا

---

(١) رواه الطبراني في معجمه، والدارقطني بلفظه في سننه، وإسحاق بن راهويه في مسنده. عن نصب الراية للزيلعي ٤/٧٤.

(٢) المصدر السابق.

ينفع تكلم بحق لا نفاذ له آس بين الناس في وجهك ومجلسك وعدلك حتى لا يطمع شريف في حيفك ولا ييأس ضعيف من عدلك[1].

وقد روي أن عمر وأبي بن كعب رضي الله عنهما اختصما في حادثة إلى زيد بن ثابت فألقى لسيدنا عمر رضي الله عنه: وسادة فقال سيدنا عمر رضي الله عنه هذا أول جورك وجلس بين يديه. فهذه النصوص توجب العدل والحكم بالحق والمساواة بين الخصوم في جميع معاملاتهم[2].

جاء في المغني قوله: وجملته أن على القاضي العدل بين الخصمين في كل شيء من المجلس والخطاب واللحظ واللفظ والدخول عليه والانصات إليهما والاستماع منهما[3]، فإذا مثلا أمامه قال لهما جميعاً: ما لكما أو من المدعي منكما ومما يقتضي وجوب التسوية أن لا يلقن أحدهما بما يضر الآخر كأن يريد أحدهما الإقرار فيلقنه الإنكار أو يريد اليمين فيلقنه النكول، وكذلك ليس للقاضي أن يلقن الشهود أو بعضهم بما يضر أحد الخصوم.

جاء في المبسوط قوله: وينبغي للقاضي أن لا يلقن الشاهد ولكن يدعه حتى يشهد بما عنده، فإن كانت شهادته جائزة قبلها وإن كانت غير جائزة ردها ولا يقول له: اشهد بكذا فإن هذا تلقين[4].

ولم يكتف الفقهاء رحمهم الله بما أوجبوه عليه واستحبوه له في المجلس من التصرفات وإنما منعوه من بعض التصرفات خارج المجلس خوفاً من أن تؤدي إلى ظلم أحد الخصوم فكرهوا له الاقتراض بنفسه أو

---

(١) بدائع الصنائع ٩/٧، وقد تناقلته أكثر كتب الفقه والسير بألفاظ متقاربة.
(٢) أدب القاضي لابن أبي الدم ٨٨/١، المغني لابن قدامة ٨٠/٩، المبسوط للسرخسي ٧٩/١٦.
(٣) المغني لابن قدامة ٨٠/٩.
(٤) المبسوط للسرخسي ٨٧/١٦.

الاستعارة ممن لم يكن يعامله قبل القضاء وكرهوا له المتاجرة بنفسه وكذلك حرمت عليه الهدية من أحد الخصوم واستحبوا له أن يجتنب الولائم وكرهوا للقاضي أن يفتي لأحد الخصوم في القضاء.

تلك بعض الأمور التي يجب على القاضي متى نصب للقضاء أن يتقيد بها والفقهاء رحمهم الله يبحثون هذه الأمور في موضوع أدب القاضي[1] وهم يكثرون الافتراضات وتختلف وجهات نظرهم في بعض آداب القاضي، فبعضهم يعتبرها من قبيل الوجوب والآخر يعتبرها من قبيل الاستحباب.

ومن أصول المحاكمة علنية المحاكمة ولم ينص الفقهاء رحمهم الله على علنية المحاكمة وإنما تستفاد من أعمالهم الواقعية فإجازتهم للقضاء في المسجد أو في المكان العام دليل على علنية المحاكمة وأن من يريد الحضور والاستماع غير ممنوع.

جاء في نظرية الدعوى قوله: ومع أن الفقهاء لم يستنبطوا من ذلك الواقع الكريم الذي كان عليه رسول الله ﷺ وصحابته وجوب العلنية في المحاكمة فإنه لا أقل من أن يعطى ولي الأمر الحق في فرضه على القضاة ولو كان ذلك في كل حادثة خصوصاً أن مبرراته في هذا العصر أشد وأقوى من قبل بسبب فساد الزمان وعدم التشدد في شروط تولية القضاة ولكن يجدر بنا أن لا نغفل أمراً اهتم به الفقهاء في هذا المقام واستحبوه للقضاة وهو حضور العلماء مجلس القضاء بل استحبوا للقاضي نفسه دعوتهم لذلك إلا إذا كان يدخله حصر من قعودهم عنده فيجلس وحده ولكن يستشيرهم خارج مجلس القضاء وإنما استحبوا ذلك له من أهل استشارتهم وأتاحة الفرصة لهم في مراقبته من حيث معاملته للخصوم

---

(١) أدب القاضي لابن أبي الدم ٥٧/١، تبصرة الحكام لابن فرحون ٤٤/١، المغني لابن قدامة ٨٠/٩، بدائع الصنائع ٣/٧، المبسوط ٧٥/١٦.

وفهمه القضية وتطبيق أحكام الشرع على الواقع[1].

وجاء في فتح القدير قوله: وروي أن عثمان رضي الله عنه ما كان يحكم حتى يحضر أربعة من الصحابة ويستحب أن يحضر مجلسه جماعة من الفقهاء ويشاورهم. وكان أبو بكر يحضر عمر وعثمان وعلياً حتى قال: أحمد يحضر مجلسه الفقهاء من كل مذهب ويشاورهم فيما يشكل عليه. وفي المبسوط: فإن دخله حصر في قعودهم عنده أو شغله شيء من أمور المسلمين جلس وحده فإن طباع الناس تختلف[2].

وجاء في المغني قوله تحت عنوان فصل، قال أصحابنا: يستحب أن يحضر مجلسه أهل العلم من كل مذهب حتى إذا حدثت حادثة يفتقر إلى أن يسألهم عنها سألهم ليذكروا أدلتهم فيها وجوابهم عنها فإنه أسرع لاجتهاده وأقرب لصوابه فإن حكم باجتهاده فليس لأحد منهم أن يرد عليه وإن خالف اجتهاده لأن فيه افتياتاً عليه إلا أن يحكم بما يخالف نصاً أو إجماعاً[3].

وإذا كان الفقهاء يستحبون حضور الفقهاء عنده فإن هذه أعلى قمم العلنية لأن مراقبة العلماء والفقهاء أشد نفعاً من مراقبة العوام.

* * *

قانون المرافعات وعلنية المحاكمة

أجمعت قوانين المرافعات الحديثة على علنية المرافعة.

جاء في المادة (١٠١) من قانون المرافعات المصري قوله: تكون المرافعة علنية إلا إذا رأت المحكمة من تلقاء نفسها أو بناءً على طلب

---

(١) ٢/٢٧.

(٢) فتح القدير لابن الهمام ٥/٤٦٧.

(٣) المغني لابن قدامة ٩/٥٢.

أحد الخصوم إجراءها سراً محافظة على النظام العام أو مراعاة للآداب أو لحرمة الأسرة[1].

وأخذ مشروع نظام المرافعات السعودي بهذه المادة حيث قال في المادة (٦٥): يجب أن تكون المرافعة في قاعة المحكمة علنية إلا إذا نص النظام على سريتها أو رأى القاضي من تلقاء نفسه أو بناءً على طلب أحد الخصوم إجراءها سراً محافظة على النظام أو مراعاة للآداب العامة أو لحرمة الأسرة[2].

فظهر جلياً من سياق هذه المواد أن القاعدة علنية المحاكمة والاستثناء عدم علنيتها لأحد الأسباب التي ذكرت ولا شك أن علنيتها يتيح المراقبة العامة على سير القضاء وأن القاضي يهتم بخصوماته لذا كانت الفائدة من علنية المحاكمة ظاهرة جلية النفع.

ومن أصول المحاكمة اعتدال حال القاضي أثناء نظر الدعوى فقد اشترط الفقهاء رحمهم الله أن يكون قضاء القاضي في وقت يكون هو فيه صافي الذهن لا جائعاً ولا عطشان ولا غضبان ولا كسلان ولا حاقناً أو حاقباً.

جاء في المغني قوله: لا خلاف بين أهل العلم فيما علمناه في أن القاضي لا ينبغي له أن يقضي وهو غضبان كره ذلك شريح وعمر بن عبدالعزيز وأبو حنيفة والشافعي وكتب أبو بكرة إلى عبدالله بن أبي بكرة وهو قاض بسجستان أن لا تحكم بين اثنين وأنت غضبان فإني سمعت رسول الله ﷺ يقول: «**لا يحكم أحد بين اثنين وهو غضبان**» متفق عليه. وكتب عمر رضي الله عنه إلى أبي موسى: إياك والغضب والقلق والضجر والتأذي بالناس والتنكر لهم عند الخصومة. وفي معنى الغضب كل ما شغل فكره من الجوع المفرط والعطش الشديد والوجع المزعج ومدافعة

---

(١) قانون المرافعات المصري ص٣٩.

(٢) مشروع نظام المرافعات السعودي ص١٠.

أحد الأخبثين وشدة النعاس والهم والغم والحزن والفرح فهذه كلها تمنع الحاكم لأنها تمنع حضور القلب واستيفاء الفكر الذي يتوصل به إلى إصابة الحق في الغالب فهي بمعنى الغضب المنصوص عليه فتجري مجراه[1].

هذه هي حالة قضاة المسلمين في العصور الزاخرة فهم يبتعدون عن القضاء متى ما حصل شيء يعكر صفو الذهن لكن عندما ابتعد الناس عن دينهم بسبب أعدائهم وجد من يغير الأحكام والقضاة عما يجب أن يكونوا عليه فهل أن لنا الرجوع إلى مبادئنا ليزدهر عصرنا مثل ما ازدهر عصر قدمائنا.

ومن أصول المحاكمة إباحة القاضي للخصوم حرية الدفاع وأن لكل واحد منهم حق الإدلاء بحجيته في مجلس القضاء بشرط عدم إساءته للقاضي أو الخصم فالقاضي مأمور بإتاحة الفرصة لكل من طرفي الدعوى لتقديم كل ما لديه من حجج وبراهين حتى لا يعتذر أحدهم بعد الحكم بعدم إتاحة الفرصة له.

جاء في المبسوط على أن القاضي عليه أن يمهل كل واحد من الخصمين بقدر ما يتمكن من إقامة الحجة فيه حتى إذا قال المدعي: بينتي حاضرة أمهله ليأتي بهم فربما لم يأت بهم في المجلس الأول بناءً على أن الخصم لا ينكر حقه لوضوحه فيحتاج إلى مدة ليأتي بهم وبعدما أقام البينة إذا ادعى الخصم الدفع أمهله القاضي ليأتي بدفعه فإنه مأمور بالتسوية بينهما في عدله وليكن إمهاله على وجه لا يضر بخصمه فإن الاستعجال إضرار بمدعي الدفع وفي تطويل مدة إمهاله إضرار بمن أثبت حقه وخير الأمور أوسطها[2].

وبهذا نكون قد انتهينا من بحثنا لحضور الخصوم وغيابهم ومن نظر القاضي للدعوى المتمثل في أصول المحاكمة.

---

(١) لابن قدامة ٩/٤٩.

(٢) المبسوط للسرخسي ١٦/٦٣.



الفصل الثاني
جواب الدعوى

المبحث الأول
أوجه الجواب المختلفة

لا يخلو الجواب عن الدعوى إما أن يكون دفعاً لدعوى المدعي وإما إقرار بالشيء المدعى به وإما إنكاراً للحق المدعى به، وغير هذه الأجوبة الثلاثة لا يعد جواباً عن الدعوى فإذا أكمل المدعي جميع الشروط المطلوبة لدعواه وأصبحت دعواه صحيحة أمام القاضي ترتب عليه وجوب الجواب عنها، والجواب كما قلنا: إما دفع لأصل الدعوى وإما أن يكون إنكاراً أو إقراراً، وسنفرد الكلام عن كل واحد على حدة.

الجواب بدفع الدعوى:

١ ـ دفع الدعوى:

الدفع هو دعوى من قبل المدعى عليه أو ممن ينصب المدعى عليه خصماً عنه يقصد بها دفع الخصومة عنه أو إبطال دعوى المدعي[1].

---

(١) مجلة الأحكام العدلية ٣٢٤/١.

جاء في مجلة الأحكام العدلية مادة (١٦٣١) قالت: الدفع هو الإتيان بدعوى من قبل المدعي عليه تدفع دعوى المدعى مثلاً إذا ادعى أحد من جهة القرض بكذا قروش وقال المدعى عليه: أديت ذلك أو أنت كنت أبرأتني من ذلك أو كنا تصالحنا أو ليس هذا المبلغ قرضاً بل هو ثمن المال الفلاني الذي كنت قد بعته لك، أو قال: قد كنت حولتك فلان الذي عليه بطلبي الذي هو ذلك المقدار وأنت أعطيتني هذا المقدار عوضه فيكون قد دفع دعواه[1].

أنواع الدفوع في الفقه الإسلامي:

للدفوع في الفقه الإسلامي نوعان:

١ ـ الدفع الذي يقصد به إبطال نفس دعوى المدعي والغرض الذي يرمي إليه بها وهذا هو الدفع الموضوعي للدعوى حيث يتعرض فيه لصدق المدعي وكذبه ويترتب على قبوله وضع حد نهائي لمطالب المدعي ومنعه من التعرض ثانية للمطلوب مثاله أن يدعي المدعى عليه على المدعي في دعوى العين أنه اشتراها منه وقبضها أو وهبها له وقبضها أو أي سبب شرعي لانتقالها إلى يده[2].

٢ ـ الدفع الذي يقصد به دفع الخصومة عن المدعى عليه بدون تعرض لصدق أو كذب المدعي في دعواه وهي مشهورة لدى الفقهاء بدفع الخصومة ومثاله أن يدعي المدعى عليه على المدعي بأن يده على الشيء المدعى ليست يد خصومه كأن يدعي استئجار أو استعارة ما بيده ويطلق عليها عند الفقهاء بالمسائل المخمسة وهي ما إذا دفع بأن ما عنده وديعة أو رهن أو إجارة أو عارية أو مغصوبة فقد اختلف الفقهاء في اندفاع الخصومة على أقوال:

---

(١) مجلة الأحكام العدلية ٣٢٤/١.
(٢) نظرية الدعوى ١٥٥/٢.

١ ـ ذهب ابن شبرمة إلى أن الخصومة لا تندفع ولو برهن المدعى عليه بأن ما عنده وديعة أو غصب أو إجارة أو رهن أو عارية وذلك لأنه تعذر إثبات الملك للغائب لعدم وجود خصم عنه لكن هذا مردود وذلك لأن مقتضى البينة أمران:

١ ـ ثبوت الملك للغائب ولا خصم فيه فلم يثبت.

٢ ـ دفع خصومة المدعي والمدعى عليه خصم فيه فيثبت دفع الخصومة في حقه ونظير هذا أن يوكل شخص آخر في نقل امرأته إليه فتقيم المرأة بينة في مواجهة الوكيل على أن الزوج طلقها فلا تقبل بينتها في وقوع الطلاق إلا إذا حضر زوجها وتقبل في قصر يد الوكيل عنها. فالبينة هنا تقبل لدفع الخصومة عن المدعى عليه ولا تقبل في إثبات الملك للغائب وذلك لأن قصد المدعى عليه من إقامة البينة ليس إثبات الملك للغائب وإنما مقصوده بها إثبات أن يده يد حفظ لا يد خصومه[1].

٢ ـ وقال ابن أبي ليلى تندفع الخصومة أقام البينة أو لم يقم. ووجه قوله: إن ذا اليد أقر بالملك لغيره والإقرار يوجب الحق بنفسه لخلوه عن التهمة فتبين أن يده يد حفظ فلا حاجة إلى البينة، وهذا مردود بأن المدعى عليه صار خصماً بظاهر يده وهو بإقراره يريد أن يحول الحق المستحق إلى غيره فكان متهماً في إقراره فلا يصدق إلا بالبينة.

٣ ـ وقال أبو حنيفة لا خصومة بين المدعى عليه والمدعي حينئذ لأنه أثبت بالبينة أن يده ليست يد خصومة فصار إذا أقر المدعي بذلك أو أثبت ذو اليد إقراره بذلك وتندفع الخصومة بإثبات الوديعة وما ذكر معها دون إثبات الملك حتى لو شهد الشاهدان بملك الغير لم تندفع الخصومة وهذا هو القياس لأن البينات حجج شرعية متى قامت يجب العمل بها ولا يجوز إبطالها بمجرد الوهم.

---

(١) الدعوى في الفقه الإسلامي، د.عبدالعظيم شرف الدين ٥٤/١.

٤ ـ وقال القاضي أبو يوسف: إن كان المدعى عليه صالحاً اندفعت الخصومة بإقامة البينة وإن كان معروفاً بالحيل لا تندفع عنه الخصومة لأن المحتال من الناس قد يغتصب مال غيره ثم يدفعه إلى مسافر ثم يودع المسافر هذا المال لهذا المحتال ويشهد عليه شاهدان وبهذا يحتال لإبطال حق المدعي فإذا اتهمه القاضي لا تندفع خصومته.

وهذا من أبي يوسف استحسان بعد ممارسته للقضاء.

٥ ـ وقال محمد: إن قال الشهود: نعرف الغائب بوجهه ولا نعرفه باسمه ونسبه لا تندفع الخصومة لأن المدعى عليه لم يحل المدعي إلى معين يمكن اتباعه فلو اندفعت الخصومة عن المدعى عليه لتضرر المدعي بذلك وذلك لأن المعرفة بالوجه ليست معرفة[١].

جاء في بدائع الصنائع قال: فإن ادعى ملكاً مطلقاً ولم يدع عليه فعلاً فقال الذي في يده: أودعنيها فلان الغائب، أو رهنها أو أجرها أو أعارها أو غصبتها أو سرقتها أو أخذتها أو انتزعتها أو ضلت منه فوجدتها وأقام البينة على ذلك تندفع عنه الخصومة عند عامة العلماء.

وقال ابن أبي ليلى تندفع عنه الخصومة أقام البينة أو لم يقم هذا إذا لم يكن الرجل معروفاً. وقال ابن أبي شبرمة: لا تندفع عنه الخصومة أقام البينة أو لم يقم بالافتعال والاحتيال فإن كان تندفع عنه الخصومة عند أبي حنيفة ومحمد أيضاً وعند أبي يوسف لا تندفع وهي المسألة المعروفة بالمخمسة[٢].

ولم يتطرق الفقهاء إلى التفصيل في مسألة الدفع للدعوى وأكثر من

---

(١) شرح فتح القدير لابن الهمام ٢١٢/٦، حاشية ابن عابدين ٥٦٦/٥، الدعوى في الفقه الإسلامي، د. عبدالعظيم ٥٦/١.

(٢) للكاساني ٢٣١/٦، وسميت بالمخمسة لأن فيها خمسة أقوال، أو لأنها أنما تكون في خمسة أشياء: الرهن والإجارة والعارية والوديعة والغصب.

كتب فيها منهم الأحناف وخاصة متأخريهم ذلك أنه ليس هناك نصوص في المسألة تقضي على الفقهاء تحليلها والخروج منها بأفكار عامة وإنما توسع علم المرافعات في العصور الحديثة وهذه ميزة للتشريع الإسلامي حيث وضع الأصول الأساسية وفتح باب الاجتهاد إلى قيام الساعة لئلا تقف مشكلة أمام فقهائه، وبعد هذا نجد من يعجب بقوانين الغرب ونظمه ولكن لا نلقي اللوم على أولئك الذين تخرجوا من مدارس التبشير إنما نلقي اللوم على فقهاء الفقه الإسلامي ومفكريه.

***

«الدفع في القوانين الوضعية»

الدفع هو جواب المدعى عليه على الدعوى بإنكارها أو بإنكار جواز قبولها أو سماعها أو بإنكار صحة الإجراءات التي رفعت بها أو اختصاص المحكمة المرفوعة إليها.

وتنقسم الدفوع في نظم الإجراءات إلى ثلاثة أقسام:

١ ـ دفوع موضوعية وهي التي يتعرض بها المدعى عليه لموضوع الدعوى فينكر ادعاءات المدعي بشأنه كلها أو بعضها.

٢ ـ دفوع شكلية وهي التي يطعن بها المدعى عليه في صحة إجراءات الخصومة أو في اختصاص المحكمة.

٣ ـ دفوع بعدم القبول وهي التي ينكر بها المدعى عليه على المدعي الحق في رفع الدعوى ويطلب عدم قبولها أو عدم سماعها[١].

ولكل من هذه الأقسام تفريعاته في أنظمة المرافعات الحديثة

---

(١) أصول المرافعات، أحمد مسلم ٥٦٥/١.

والقانون يفرق بين الدفع والطلبات المقابلة التي تقدم من قبل المدعى عليه.

جاء في مبادىء القضاء المدني قوله: والمقصود بالطلبات المقابلة أو ما يقال عنه: دعاوى المدعى عليه الطلبات العارضة التي يقدمها المدعى عليه قبل المدعي للحصول على حكم في مواجهته كأن يطلب المدعي تنفيذ العقد فيرد المدعى عليه الطلب بفسخ العقد أو إبطاله وهذا يعني أن القانون يزود المدعي بنوعين من الوسائل لمصلحته وهي الدفوع والطلبات المقابلة وتختلف الدفوع عن الطلبات التي يقدمها المدعى عليه حيث أن الدفوع وسيلة دفاعية بحتة يريد منها المدعي إلى مجرد رفض طلبات المدعى عليه أو تأخير الفصل فيها. أما الطلبات المقابلة فوسيلة هجومية يلجأ إليها المدعى عليه باعتبار أن خير وسيلة للدفاع هي الهجوم، فالمدعى عليه لا يقف فيها عند طلب رفض طلبات المدعي بل يطلب الحكم لصالحه بطلبات جديدة قبل المدعي، وهكذا تؤدي هذه الطلبات خلافاً للدفوع إلى تغيير موضوع الخصومة بإضافة طلبات جديدة[1].

والقانون الوضعي يعطي المدعى عليه سلطة أوسع وذلك لأنه لم يختر الخصومة وذلك في تقديم الطلبات العارضة فلا يشترط وجود الارتباط بين الطلب الأصلي والطلب العارض في كل حالة ويجوز للمدعى عليه أن يقدم طلباً عارضاً على أي خصم حتى ولو كان مدعى عليه معه في الدعوى الأصلية.

جاء في المادة (١٢٥) من قانون المرافعات المصري: للمدعى عليه أن يقدم من الطلبات العارضة ما يأتي:

---

(١) لوجدي راغب ٣٧٦/١.

١ ـ طلب المقاصة القضائية وطلب الحكم بالتعويضات عن ضرر لحقه من الدعوى الأصلية أو من إجراء فيها.

٢ ـ أي طلب يترتب على إجابته ألا يحكم للمدعي بطلباته كلها أو بعضها أو أن يحكم له بها مقيدة بقيد لمصلحة المدعى عليه.

٣ ـ أي طلب يكون متصلاً بالدعوى الأصلية اتصالاً لا يقبل التجزئة.

٤ ـ ما تأذن المحكمة بتقديمه مما يكون مرتبطاً بالدعوى الأصلية[١]، وقد أخذ مشروع نظام المرافعات السعودي بنص هذه المادة فجاء في المادة (٨٨) من هذا المشروع قال: للمدعى عليه أن يقدم من الطلبات العارضة ما يلي:

أ ـ طلب المقاصة القضائية.

ب ـ طلب الحكم له بتعويض عن ضرر لحقه من الدعوى الأصلية أو من إجراء فيها.

جـ ـ أي طلب يترتب على إجابته ألا يحكم للمدعى بطلباته كلها أو بعضها أو أن يحكم له بها مقيدة لمصلحة المدعى عليه.

د ـ أي طلب يكون متصلاً بالدعوى الأصلية اتصالاً لا يقبل التجزئة.

هـ ـ ما تأذن المحكمة بتقديمه مما يكون مرتبطاً بالدعوى الأصلية[٢].



(١) قانون المرافعات ٤٥/١.

(٢) مشروع نظام المرافعات السعودي ١٣/١.

١ ـ أن الدفع عند الفقهاء دعوى في حد ذاته وليس مجرد جواب على دعوى المدعي بالإنكار وإنما هو ادعاء جديد ويسار فيه كما هو الحال في الدعوى الأصلية وفي القانون يشتمل الدفع على الجواب والدفع كما تبين لنا أن تعريف الدفع عندهم قاصر على الجواب.

٢ ـ أن الفقهاء المسلمين لم يتناولوا في تحديدهم لمفهوم الدفع نوعاً من الدفع اهتم به أهل القانون كثيراً ألا وهو الدفوع الشكلية وهي ما يطلب فيها المدعى عليه رد دعوى خصمه لأنه لم يتبع في رفعها الأسلوب الذي نص عليه المشرع[(١)].

٣ ـ أن دفع الخصومة في الفقه الإسلامي وهو الذي يوجه إلى حق المدعي في دعواه المرفوعة هو الدفع بعدم قبول الدعوى في قانون المرافعات.

ثانياً: الجواب بالإقرار وهو أن يتضمن الجواب إقراراً بالحق المدعى به.

والإقرار لغة مأخوذ من القرار بالمكان ويقر ـ بالكسر والفتح ـ قراراً وقروراً وقراً وتقرة ثبت وسكن كاستقر، والإقرار الإذعان للحق[(٢)].

وشرعاً اختلفت ألفاظ الفقهاء فيه وإن كان معناها متقارباً.

فتعريف الأحناف ما جاء في شرح الدر المختار قال: الإقرار هو إخبار بحق عليه للغير[(٣)].

وجاء في المادة (١٥٧٢) من مجلة الأحكام: أن الإقرار هو إخبار

(١) نظرية الدعوى ٢/١٥٤.
(٢) قاموس المحيط للفيروزآبادي ٢/١١٦.
(٣) علاء الدين الحصكفي ٢/٢٢٠.

الإنسان عن حق عليه لآخر[1].

وتعريف الشافعية ما جاء في المهذب قال: الإقرار إخبار عما قر وثبت ومعناه الاعتراف[2].

وعرفه المالكية بأنه اعتراف المرء بالشيء في ذمته لغيره[3].

وعرفة الحنابلة بأنه إظهار مكلف مختار ما عليه من حق[4].

فأنت ترى من هذه التعاريف للفقهاء أنها تدور حول الإخبار والاعتراف بحق من شخص آخر والإقرار يعتبر من طرق الإثبات في الشريعة الإسلامية وهو أنواع وله شروط سنتناولها مع التنبيه على أننا لن نطول فيها مخافة أن تخرج بنا عن جوهر بحثنا ومشروعية الإقرار ثابتة بالكتاب والسنة والإجماع والمعقول.

فمن الكتاب قوله تعالى: ﴿يَـٰٓأَيُّهَا ٱلَّذِينَ ءَامَنُوا۟ كُونُوا۟ قَوَّٰمِينَ بِٱلْقِسْطِ شُهَدَآءَ لِلَّهِ وَلَوْ عَلَىٰٓ أَنفُسِكُمْ﴾[5]. والمقصود الإقرار.

وقوله تعالى: ﴿وَلْيُمْلِلِ ٱلَّذِى عَلَيْهِ ٱلْحَقُّ﴾[6].

وجه الدلالة: أن الله سبحانه أمر من عليه الحق بالإملال ولو لم يقبل إقراره لما كان لإملاله معنى.

ومن السنة ما روي أنه ﷺ رجم ماعزاً حين أقر على نفسه بالزنا[7].

---

(١) مجلة الأحكام العدلية ٣٠٧.
(٢) المهذب ليوسف الفيروزآبادي ٣٤٣/٢.
(٣) منهاج المسلم، أبو بكر الجزائري ٥٤٦/٦.
(٤) مطالب أولي النهى شرح غاية المنتهى لمصطفى السيوطي ٦٥٦/٦.
(٥) النساء: ١٣٥.
(٦) البقرة: ٢٨٢.
(٧) صحيح مسلم ٢٠٥/١١.

وما ورد عن الغامدية حين قال رسول الله ﷺ: **«واغد يا أنيس إلى امرأة هذا فإن اعترفت فارجمها»**[1].

فإذا كان الاعتراف حجة في الحدود التي تدرأ بالشبهات فإنه من باب أولى حجة في الأشياء التي لا تدرأ بالشبهات.

وقد أجمعت الأمة على كون الإقرار حجة في حق المقر منذ زمن الرسول ﷺ إلى وقتنا هذا.

جاء في المغني قال: وأما الإجماع فإن الأئمة أجمعت على صحة الإقرار[2].

وأما المعقول، فإن الإقرار إخبار بالحق على وجه منفية منه التهمة والريبة فإن العاقل لا يكذب على نفسه كذباً يضرها ولهذا قدم على الشهادة فلا تسمع مع إقرار مدعى عليه[3].

ومن جهة أخرى: وإن كان الإقرار دائراً بين الصدق والكذب إلا أن المال هو محبوب المرء طبعاً وبما أن العاقل بسبب كمال عقله وديانته لا يقر بشيء كاذب يوجب الضرر لنفسه أو ماله وحيث أن للإنسان الولاية على نفسه فلا يكون في إقراره تهمة لذلك رجحت جهة الصدق للإقرار الذي يقر فيه شخص على نفسه وأصبح ذلك الإقرار حجة ودليلاً على المقر[4].

جاء في المبسوط: أن الإقرار خبر محتمل متردد بين الصدق والكذب فكان محتملاً باعتبار ظاهره والمحتمل لا يكون حجة ولكنه جعل حجة بدليل معقول وهو أنه ظهر رجحان جانب الصدق على جانب

---

(١) رواه البخاري ومسلم عن بريدة. عن نصب الراية للزيلعي ٣/٣١٤.

(٢) المغني لابن قدامة ٥/١٤٩.

(٣) مطالب أولي النهى ٦/٦٥٦، والمغني ٥/١٤٩.

(٤) درر الحكام ٤/٦٩.

الكذب فيه لأنه غير متهم فيما يقر به على نفسه ففي حق الغير ربما تحمله النفس الإمارة بالسوء على الإقرار به كاذباً وربما تمنعه عن الإقرار بالصدق وفي حق نفسه النفس الإمارة بالسوء لا تحمله على الإقرار بالكذب وربما تمنعه عن الإقرار بالصدق فلظهور دليل الصدق فيما يقر به على نفسه جعل إقراره حجة وإليه أشار قوله تعالى: ﴿بَلِ ٱلْإِنسَٰنُ عَلَىٰ نَفْسِهِۦ بَصِيرَةٌ ﴿١٤﴾﴾[1].

قال ابن عباس: أي: شاهد بالحق[2].

فإن أقر المدعى عليه بجميع المدعى به ألزمه القاضي به إن كان مكلفا مختاراً ولا فرق في ذلك بين الدين والعين إذا كانت في يد المقر فيلزم المقر بمقتضى إقراره على أية حال ففي الدين يحكم باشتغال ذمته للمقر به وفي العين يحكم بملكيتها للمقر له[3].

والإقرار نوعان:

١ - إقرار صريح.

٢ - وإقرار ضمني، والضمني يكون في بعض الأحوال التي يدفع فيها المدعي عليه دعوى خصمه المدعى فيفهم من هذا الدفاع أنه مقر بأصل الدعوى وذلك كأن يقول لشخص: لي عليك مائة ريال، فيقول في الجواب: لقد أبرأتني منها فيكون هذا الدفع متضمناً للإقرار بالمال المدعى.

جاء في بدائع الصنائع قال: الإقرار نوعان: صريح ودلالة، فالصريح نحو أن يقول لفلان: علي ألف درهم لأن كلمة (علي) كلمة إيجاب لغة وشرعاً. قال الله تبارك وتعالى: ﴿وَلِلَّهِ عَلَى ٱلنَّاسِ حِجُّ ٱلْبَيْتِ

---

(١) القيامة: ١٤.

(٢) للسرخسي ١٧/١٧٤.

(٣) نظرية الدعوى ٢/١٤٤.

﴿مَنِ ٱسْتَطَاعَ إِلَيْهِ سَبِيلًاۚ﴾[1]، وكذا إذا قال لرجل: لي عليك ألف درهم، فقال الرجل: نعم لأن كلمة (نعم) خرجت جواباً لكلامه وجواب الكلام إعادة له لغة كأنه قال: لك علي ألف درهم.

وأما الدلالة، وهو الضمني فهو أن يقول له رجل: لي عليك ألف، فيقول: قد قبضتها لأن القضاء اسم لتسليم مثل الواجب في الذمة فيقتضي سابقية الوجوب فكان الإقرار بالقضاء إقراراً بالوجوب ثم يدعي الخروج عنه بالقضاء فلا يصح إلا بالبينة[2].

شروط الإقرار المعتبرة شرعاً:

١ ـ أن يكون المقر عاقلاً بالغاً فلا يصح إقرار الصغير والمجنون والمعتوه ولا يصح على هؤلاء إقرار أوليائهم وأوصيائهم.

٢ ـ يشترط في الإقرار رضا المقر فلا يصح الإقرار الواقع بالجبر والإكراه.

٣ ـ يشترط أن لا يكون المقر محجوراً عليه.

٤ ـ يشترط أن لا يكون المقر له مجهولاً جهالة فاحشة، وأما الجهالة اليسيرة فلا تكون مانعة لصحة الإقرار.

٥ ـ يشترط أن لا يكذب ظاهر الحال الإقرار، وبناءً عليه إذا أقر الصغير الذي لم يبلغ بقوله: بلغت، فلا يصح إقراره ولا يعتبر[3].

٣ ـ أن يتضمن الجواب إنكاراً للحق المدعى به والإنكار قد يكون كلياً فيسري حكمه على جميع المدعى به وقد يكون جزئياً فيسري حكمه

---

(١) آل عمران: ٩٧.

(٢) للكاساني ٢٠٨/٧.

(٣) بدائع الصنائع للكاساني ٢٠٩/٧، ومجلة الأحكام العدلية ٣٠٨/١، وحاشية الدسوقي ١٣٠/٤، والروض المربع للبهوتي ٥٣٤/١.

على الجزء المنكر وذلك كأن يقول شخص لآخر عند القاضي: لي على فلان ألف ريال، فيقول المدعى عليه: بل لا شيء لك عندي والجزئي كأن يجيب الخصم بل خمسمائة فقط.

ويترتب على الإنكار أنه يخير المدعى بين إحلاف المدعى عليه وبين إقامة البينة على صحة دعواه إذا كان قادراً على ذلك فإن لم يستطع فليس له غير إحلافه وقال بعضهم: وله إحلافه حتى ولو صرح بأن له بينة حاضرة ولكنه لا يريد أن يقيمها.

والإنكار كذلك إما أن يكون حقيقياً وإما أن يكون حكمياً، فالحقيقي أن ينفي استحقاق المدعي لما يدعيه عليه بوسيلة من وسائل النفي ثم له أن ينكر سبب استحقاق الشيء المدعى ويكون إنكاراً للدعوى كما أن له أن ينفي استحقاق الشيء المدعى نفسه وإن لم يتعرض لسبب هذا الاستحقاق بالنفي فلو ادعى شخص على آخر مالاً مضافاً إلى سببه كأن ادعى عليه ألف ريال بسبب الاقتراض أو الإتلاف فقال المدعى عليه في الجواب: ما اقرضتني أو ما اتلفت له صح الإنكار واعتبر جواباً صحيحاً وترتب عليه حكمه ويصح الجواب أيضاً إذا نفى استحقاق المدعى به بجميع أجزائه وإن لم يتعرف لسبب استحقاقه من قرض أو إتلاف.

وأما الإنكار الحكمي فيكون إذا امتنع المدعى عليه من الجواب وذلك إذا أصر على السكوت أو صرح بأنه لا يريد أن يقرأ وينكر ولم يكن السبب في السكوت أو الامتناع دهشة أو غباوة في المدعى عليه فإن تحقق ذلك في الامتناع عن الجواب اعتبر عند بعض الفقهاء في حكم الإنكار والنكول فترد اليمين على المدعي عند من يقولون بالرد فإذا حلف استحق المدعى به وقضى له به[١].

---

(١) نظرية الدعوى ١٤٨/٢.

جاء في أدب القاضي قال: وأما القسم الثاني فهو أن ينكر الدعوى فيجوز للقاضي أن يقول للمدعي: قد أنكرك، ويجوز أن يقول له: قد سمعت إنكاره ويكون القاضي في إخباره بالإنكار بين خيارين أن يقول: قد أنكرك فهل لك بينة وإما أن يقول له: قد أنكرك فما هو جوابك ويكون الحكم في إنكار الدعوى موقوفاً على بينة المدعي في إثبات الحق بها وعلى يمين المنكر عند عدمها لإسقاط المطالبة بها وللمدعي الخيار في اليمين لأنها من حقوقه فلم يجبر على الحلف بها والحكم فيها فلو أنكر المدعى عليه وقال: ما لك عليَّ شيء، فقال له المدعي: نعم، كان تصديقاً على الإنكار ويطلب به دعواه، ولو قال: بلى، كان تكذيباً له على الإنكار ولم تبطل به دعواه والفرق بينها أن نعم جواب الإيجاب وبلى جواب النفي[1].

البينة وما المراد بها:

لما كانت البينة طريق القضاء ولها من الأهمية في الدعوى شأن أحببنا أن نوضح ما هي البينة وما المراد بها.

البينة لغة: مؤنث البين اسم فاعل من بان على خلاف الأصل، وجاء بائن على الأصل واستبان الشيء ظهر، والتبيين هو الإيضاح وهو إيضاح الوضوح.

والبيان: ما يتبين به الشيء من الدلالة وغيرها، وبان الشيء بياناً أي: اتضح فهو بين وأبنته أي: أوضحته، والبينة دلالة واضحة عقلية كانت أو محسوسة[2].

معنى البينة شرعاً:

للفقهاء في معنى البينة شرعاً ثلاثة أقوال:

---

(١) للماوردي ٢/٣٤١.

(٢) تاج العروس للزبيدي ٩/١٥٢، وقاموس المحيط للفيروزآبادي ٤/٢٠٤.

١ ـ الجمهور منهم ذهبوا إلى أن المراد بالبينة إذا أطلقت شهادة الشهود[1].

٢ ـ وذهب ابن حزم إلى أن المراد بالبينة شهادة الشهود وعلم القاضي[2].

٣ ـ وذهب ابن تيمية وابن القيم إلى أن البينة أعم من الشهادة فهي شاملة لها ولكل ما أبان الحق وأظهره لصاحبه[3]، وقد أخذ بهذا الرأي ابن فرحون من المالكية والزيلعي من الحنفية.

الأدلة:

استدل الجمهور لمذهبهم بالكتاب والسنة.

فمن الكتاب قوله تعالى: ﴿وَٱسْتَشْهِدُواْ شَهِيدَيْنِ مِن رِّجَالِكُمْ﴾[4]، وقوله تعالى في موضع آخر حيث وردت في لسان الشرع مراداً بها الشهود: ﴿وَٱلَّذِينَ يَرْمُونَ ٱلْمُحْصَنَٰتِ ثُمَّ لَمْ يَأْتُواْ بِأَرْبَعَةِ شُهَدَآءَ فَٱجْلِدُوهُمْ ثَمَٰنِينَ جَلْدَةً وَلَا تَقْبَلُواْ لَهُمْ شَهَٰدَةً أَبَدًا وَأُوْلَٰٓئِكَ هُمُ ٱلْفَٰسِقُونَ ﴿٤﴾﴾[5].

وجه الدلالة: أن البينة في القرآن الكريم جاء مراداً بها شهادة الشهود سواء كان ذلك في الديون والمعاملات أو كان ذلك في البينة التي يثبت بها الزنا وهي أربعة شهود ومن هذا يتبين أن كلمة البينة مرادفة لكلمة الشهادة.

ونوقش هذا الدليل بأن اعتبار القرآن أساساً للإثبات في بعض

---

(١) الشرقاوي على التحرير ٢/٤٤٥.

(٢) المحلى لابن حزم ٩/٤٢٨.

(٣) الطرق الحكمية ١/٢٨.

(٤) البقرة: ٢٨٢.

(٥) النور: ٤.

المواضع لا يلزم منه تخصيص البينة بالشهادة إذ أن أقصى ما يستفاد من ذلك أن الشهادة لها اعتبارها وأهميتها في الإثبات وهو موضع اتفاق بين الجميع ولا نزاع فيه.

الأدلة من السنة على أن المراد من البينة الشهادة:

١ ـ عن ابن عباس رضي الله عنهما أن هلال بن أمية قذف امرأته عند النبي ﷺ بشريك بن سحماء فقال له النبي ﷺ: «**البينة أو حد في ظهرك**»(١).

وجه الدلالة: أن النبي ﷺ أراد من البينة الشهود فقال: «**إما أن تثبت ما تدعيه بالشهود على الزنا بشريك بن سحماء وإلا لزمك حد القذف**».

ونوقش هذا الدليل بأن هذا لا يفيد حصر البينة في الشهود إذ لا يلزم من إطلاق الرسول البينة على الشهود في هذه القصة أن البينة محصورة بالشهود لأن المقام في هذه الواقعة كان مقام شهادة فقط والاستدلال لا يتم إلا إذا كان المقام مقام شهادة وغيرها.

٢ ـ واستدل الجمهور لمذهبهم بما روي عن الأشعث بن قيس قال: كان بيني وبين رجل من اليهود أرضاً فجحدني فقدمته إلى النبي ﷺ فقال لي رسول الله ﷺ: «**هل لك بينة؟**» قلت: لا، قال لليهودي: «**أحلف**»، قلت: إذاً يحلف فيذهب بمالي، وفي رواية قال: «**له بينتك أو يمينه**».

وفسرت الرواية الأخرى في نفس الواقعة مراد النبي ﷺ قال له: «**شاهداك أو يمينه**»(٢).

---

(١) رواه الجماعة إلا مسلماً والنسائي. عن المنتقى من أخبار المصطفى لابن تيمية ٦٢٩/٢، ونيل الأوطار للشوكاني ٣٠٦/٦.

(٢) رواه البخاري وأحمد. عن المنتقى من أخبار المصطفى لابن تيمية ٩٤٥/٢.

فأفادت هذه الرواية معنى البينة الواردة في قوله ﷺ: **«هل لك بينة؟»**، وهو أن المراد بالبينة شهادة الشهود.

ونوقش هذا الدليل بأن رواية: **«بينتك أو يمينه»** ليس فيها ما يدل على حصر البينة في خصوص الشهادة إذ يجوز حملها على ما هو أهم من الشهادة وروايتها بلفظ الشهادة في الرواية الأخرى لا يدل على حصر البينة فيها لجواز أن يكون هذا تفسير من الراوي أو نصاً منه على أهم أنواع البينة أو أن يكون قد فهم من حال المتخاصمين تعذراً، أي: نوع من أنواع البينة غير الشهادة.

أدلة القول الثاني وهو قول ابن حزم قال في المحلى: وأما نحن فنقول: إنه قد صح عن النبي ﷺ أنه قال: **«بينتك أو يمينه»**، ومن البينة التي لا بينة أبين منها صحة علم الحاكم بصحة حقه فهو في جملة هذا الخبر[1].

وقد سبق من ابن حزم أن المراد بالبينة الشهود ولولاه لكان من الممكن أن مراده التعميم في معنى البينة وعلى هذا فلا يمكن أن يكون مراده منها سوى الشهود وقضاء القاضي بعلمه.

ونوقش هذا الدليل بأن النبي ﷺ قال للمدعي: **«شاهداك أو يمينه»**، **وفي الأخرى**: **«بينتك أو يمينه»** أي: البينة التي تشهد لك وليس من بينة المدعي علم القاضي فلا دلالة في الحديث على المدعي.

ونوقش أيضاً أن مسلك ابن حزم هذا يلزم عليه حمل كلام الشارع على غير مراده لأن الأصل في خطاب الشارع أن تحمل الألفاظ على مدلولاتها اللغوية ولا يصح صرفها عنها إلا بقرينة مانعة من إرادة المعنى الأصلي ولا مانع هنا يمنع من بقاء البينة على معناها اللغوي.

---

(١) المحلى لابن حزم ٤٢٨/٩.

أدلة الفريق الثالث: القائل بأن البينة هي اسم لكل ما يبين الحق ويظهره استدلوا بالكتاب والمعقول.

فمن الكتاب: ١ ـ قال تعالى: ﴿قُلْ إِنِّي عَلَىٰ بَيِّنَةٍ مِّن رَّبِّي﴾(١).

وجه الدلالة: أن المراد بالبينة الحجة.

٢ ـ وقوله تعالى: ﴿فَهُمْ عَلَىٰ بَيِّنَتٍ مِّنْهُۚ﴾(٢).

٣ ـ وقوله تعالى: ﴿حَتَّىٰ تَأْتِيَهُمُ ٱلْبَيِّنَةُ﴾(٣).

٤ ـ وقوله تعالى: ﴿أَفَمَن كَانَ عَلَىٰ بَيِّنَةٍ مِّن رَّبِّهِۦ وَيَتْلُوهُ شَاهِدٌ مِّنْهُ وَمِن قَبْلِهِۦ كِتَٰبُ مُوسَىٰٓ﴾(٤).

وجه الدلالة من هذه الآيات: أن المراد بالبينة التي وردت في الآيات الحجة والمعجزات فمنه تبين أن البينة تطلق في لسان القرآن على معان متعددة غير ما ذهب إليه جمهور الفقهاء من قصرها على الشهود.

واستدلوا ثانياً بالمعقول:

إن عدم العمل بالبينات الأخرى كاليمين مع الشاهد والقرائن والكتابة وغيرها يؤدي إلى ضياع حقوق البشر وهذا ينافي روح الشريعة المطهرة الصالحة لكل زمان ومكان.

جاء في الطرق الحكمية قال: وبالجملة فالبينة اسم لكل ما يبين الحق ويظهره ومن خصها بالشاهدين أو الأربعة. أو الشاهد لم يوف مسماها حقه ولم تأت البينة قط في القرآن مراداً بها الشاهدان وإنما أتت

---

(١) الأنعام: ٥٧.
(٢) فاطر: ٤٠.
(٣) البينة: ١.
(٤) هود: ١٧.

مراداً بها الحجة والدليل والبرهان مفردة ومجموعة. وكذلك قول النبي ﷺ: «**البينة على المدعي**»، المراد به أن عليه ما يصحح دعواه ليحكم له والشاهدان من البينة، ولا ريب أن غيرها من أنواع البينة قد يكون أقوى منها كدلالة الحال على صدق المدعي فإنها أقوى من دلالة إخبار الشاهد والبينة والدلالة والحجة والبرهان والآية والتبصرة والعلامة والأمارة متقاربة في المعنى[(١)].

وقال في موضع آخر: قال: لا يجوز لحاكم ولا لوال رد الحق بعدما تبين وظهرت أماراته بقول أحد من الناس والمقصود أن البينة في الشرع اسم لما يبين الحق ويظهره وهي تارة تكون أربعة شهود وتارة ثلاثة بالنص في بينة المفلس وتارة شاهدين وشاهداً واحداً وامرأة واحدة ونكولاً ويميناً وخمسين يميناً أو أربعة أيمان وتكون شاهد الحال في الصور التي ذكرناها وغيرها فقوله ﷺ: «**البينة على المدعي**» أي: عليه أن يظهر ما يبين صحة دعواه فإذا ظهر صدقه بطريق من الطرق حكم له[(٢)].

جاء في موضع آخر قال: إنه إذا ظهرت أمارات العدل وأسفر وجهه بأي طريق كان فثم وجه الله ودينه، والله سبحانه وتعالى أعلم وأحكم وأعدل أن بعض طرق العدل وأماراته وعلاماته بشيء ثم ينفي ما هو أظهر منها وأقوى دلالة وأبين أمارة فلا يجعله منها ولا يحكم عند وجودها وقيامها بموجبها بل قد بيَّن سبحانه بما شرعه من الطرق أن مقصوده إقامة العدل بين عباده وقيام الناس بالقسط فأي طريق استخرج بها العدل والقسط فهي من الدين وليست مخالفة له[(٣)].

وما ذهب إليه أصحاب هذا الرأي من التعميم في معنى البينة

---

(١) الطرق الحكمية ١/٢٢.

(٢) المرجع السابق ١/٣٦.

(٣) المرجع السابق ١/٢٣.

يتفق ومقاصد الشارع الحكيم من توطيد دعائم العدل وحفظ الحقوق على أربابها خصوصاً في هذا العصر الذي تعددت فيه المشكلات وكثرت فيه الخلافات وساعد تقدم العلم والعمران على استحداث وسائل يظهر بها جانب الحق لتسجيل الحوادث بالصور وتسجيل الكلام بآلة التسجيل وغيرها.

الترجيح: أن المتأمل في أدلة الأقوال السابقة وما ورد عليها من نقد ومناقشة يجد أن القول القائل بعموم البينة لكل ما أبان الحق وأظهره يستند إلى أدلة قوية سلمت مما ورد عليها من مناقشة وهو المتمشى مع مشاكل العصر ووسائل تقدمه.

استنتاج: أحب أن أنوه أن جمهور الفقهاء لا يقصدون من تفسير البينة بالشهود حصر طرق الإثبات في الشهادة لا غير وإنما مرادهم من هذا التفسير أن البينة إذا أطلقت لا تنصرف إلا إلى الشهود بدليل أنهم ذكروا طرقاً أخرى للإثبات غير شهادة الشهود كالإقرار، إلا أن هذا عندهم لا يسمى بينة وإنما يسمى بأسماء أخرى فيقولون: القضاء بالإقرار إذا كان الإثبات بالإقرار، ويقولون: القضاء بالبينة إذا كان الإثبات بالشهود فكأن الفارق بين الجمهور وابن تيمية: وتلميذه شكلي، وعلى قول ابن القيم وابن تيمية لا حصر لطرق الإثبات فقد أوصلها ابن القيم في كتابه الطرق الحكمية إلى ست وعشرين طريقاً.

وبعض الفقهاء يحصر طرق القضاء في طائفة معينة من أدلة يتقيد بها الخصوم فلا يقبل منهم غيرها ويتقيد بها القاضي فلا يحكم إلا بناءً عليها. فمنهم من يقول: إنها ستة: الشهادة والإقرار واليمين والنكول والقسامة وعلم القاضي. وبعضهم يقول: إنها ثلاثة: الشهادة واليمين والنكول[1].

---

(١) مذكرة في السياسة الشرعية للشيخ محمد الخضر حسين ص١٦. وطرق القضاء في الشريعة الإسلامية لمجيد حميد السماكية ١/١٩.

وجمهور العلماء يحصرها في سبعة: الشهادة والإقرار واليمين والنكول والقسامة وعلم القاضي والقرينة القاطعة.

جاء في حاشية ابن عابدين قال: إن طرق القضاء سبعة: البينة والإقرار واليمين والنكول عنه والقسامة وعلم القاضي والقرينة الواضحة التي تصير الأمر في حيز المقطوع به[1].

والراجح عدم حصرها كما سبق وقلناه عند رأي ابن تيمية وابن القيم.

❋ ❋ ❋

طرق الإثبات في القوانين الوضعية

طرق الإثبات في القانون:

تعددت نظم الإثبات في القانون الوضعي إلى ثلاثة مذاهب:

١ ـ نظام الإثبات الحر أو المطلق بوسائل محددة وفيه لا يرسم القانون طرقاً محددة للإثبات ويترك القاضي حراً في تكوين اعتقاده من أي دليل يقدم له بشرط أن يؤمن من القاضي الجور والتحكم فيجوز الإثبات بكل الوسائل الممكنة وهذا على غرار مذهب ابن تيمية وابن القيم ومن نهج نهجهم من الفقهاء، وقد كان هذا شائعاً في المجتمعات البشرية في بدء حياتها ولكنه لم يعد مسلماً به في الوقت الحاضر إلا بالنسبة للقضاء الجنائي مع بعض القيود.

٢ ـ نظام الإثبات القانوني أو المقيد وبموجبه يرسم المقنن ابتداء

---

(١) ٥/٣٥٤.

طرقاً محددة للإثبات تحديداً دقيقاً ويجعل لكل طريق قيمته ولا يجوز الإثبات بما سواها ويسود هذا في الوقت الحاضر في مختلف الأمم المتمدنة وهذا قريب إلى حد ما مما ذهب إليه جمهور الفقهاء حيث يحصرون طرق الإثبات. ويؤخذ على هذا النظام أنه يباعد بين الحقيقة الواقعية والحقيقة القضائية فلا يكفل اعتبار العدالة على الرغم مما فيه من دقة تكفل استقرار التعامل والتقاضي.

٣ ـ نظام الإثبات المختلط وهذا يتوسط بين ذينك النظامين إذ يجمع بين الإثبات المطلق والإثبات المقيد، ففي هذا النظام لا يطلق للخصوم حرية الإثبات بكل الوسائل من جهة كما لا يقيد حريته في الإثبات إلى حد تحدد فيه درجة كل دليل من الأدلة تحديداً دقيقاً وهذا عيبه ظاهر لأنه يجعل الإثبات مجرد عمل تطبيقي للنصوص فقط لا روح فيه تحكمه لكنه يجمع بين العدالة واستقرار التعامل على ما صرح به وقد أخذ بهذا القانون المصري مقتفياً في ذلك أثر الشرائع اللاتينية كالقانون الفرنسي والإيطالي والبلجيكي[1].



القضاء بالشاهد واليمين

ولما كان الشاهد مع اليمين موضع خلاف بين العلماء في اعتباره طريقاً من طرق القضاء ولوجود نصوص في المسألة أحببنا أن نقف على خلاف الفقهاء فيه ليظهر الأمر الواضح لمريده.



---

(١) طرق القضاء فقه مقارن لمجيد حميد السماكية ٣٢/١.

المبحث الثاني
الخلاف في الشاهد ويمين المدعي

اختلف الفقهاء في الأخذ بالشاهد واليمين كطريق من طرق القضاء على قولين:

١ ـ **الأول**: ذهب المالكية والشافعية والحنابلة وفقهاء المدينة وعلماء الحديث وعمر بن الخطاب وعلي شريح والحجازيون وأهل الظاهر إلى أنه يقضي بالشاهد واليمين في الأموال[١].

جاء في المغني لابن قدامة مسألة: قال: ولا يقبل في الأموال أقل من رجل وامرأتين ورجل ويمين الطالب، وأكثر أهل العلم يرون ثبوت المال لمدعيه بشاهد ويمين روي ذلك عن أبي بكر وعمر وعثمان وعلي رضي الله عنهم وهو قول الفقهاء السبعة وعمر بن عبدالعزيز والحسين وشريح وإياس وعبدالله بن عتبة وأبي سلمة بن عبدالرحمن ويحيى بن معمر وربيعة ومالك وابن أبي ليلى وأبي الزناد والشافعي.

٢ ـ **الثاني**: وذهب الحنفية وابن شبرمة والكوفيون إلى أنه لا يجوز القضاء بشاهد ويمين المدعي.

جاء في النظرية العامة للإثبات في الفقه الإسلامي قال: يرى الحنفية عدم جواز القضاء بشهادة شاهد واحد ويمين الطالب وقالوا: إن القضاء في مثل هذه الحالة يجب نقضه قاله أبو حنيفة وأبو يوسف ومحمد وزفر والثوري والأوزاعي وهو رأي ابن شبرمة أيضاً وقالوا بأنه لا يحكم إلا بشاهدين ولا يقضي بشاهد ويمين في شيء، وقال محمد بن الحسن: يفسخ القضاء به لأنه خلاف القرآن[٢].

---

(١) بداية المجتهد ٥٠٧/٢، والأم ٧٨/٧، وكشاف القناع ٢٦٩/٤، والمحلى لابن حزم ٤٠٢/٩، والمغني ١٥٠/٩.

(٢) د. أحمد الحصري ٣٢/١.

واستدلوا على قولهم بالكتاب والسنة والمعقول:

فمن الكتاب: قوله تعالى: ﴿يَٰٓأَيُّهَا ٱلَّذِينَ ءَامَنُوٓاْ إِذَا تَدَايَنتُم بِدَيۡنٍ إِلَىٰٓ أَجَلٖ مُّسَمّٗى فَٱكۡتُبُوهُۚ﴾ إلى أن قال: ﴿وَٱسۡتَشۡهِدُواْ شَهِيدَيۡنِ مِن رِّجَالِكُمۡۖ فَإِن لَّمۡ يَكُونَا رَجُلَيۡنِ فَرَجُلٞ وَٱمۡرَأَتَانِ مِمَّن تَرۡضَوۡنَ مِنَ ٱلشُّهَدَآءِ أَن تَضِلَّ إِحۡدَىٰهُمَا فَتُذَكِّرَ إِحۡدَىٰهُمَا ٱلۡأُخۡرَىٰۚ﴾[1].

وجه الاستدلال: أن قوله تعالى: ﴿وَٱسۡتَشۡهِدُواْ﴾ يتضمن الإشهاد على عقود المداينات التي ابتدأ الخطاب بذكرها ويتضمن إقامتها عند الحاكم لذا كان واجباً على الحاكم الحكم بها إذا صحت لديه لأن اللفظ يحتمل الحالين ولأن الغرض من الإشهاد على العقد الإثبات عند التجاحد ومن ثم كان ظاهر الآية مقتضياً الإيجاب لأنه أمر والأمر للوجوب وبهذا ألزم الله الحاكم بالحكم إذا توفر العدد المذكور رجلان أو رجل وامرأتان لقوله تعالى: ﴿وَٱلَّذِينَ يَرۡمُونَ ٱلۡمُحۡصَنَٰتِ ثُمَّ لَمۡ يَأۡتُواْ بِأَرۡبَعَةِ شُهَدَآءَ فَٱجۡلِدُوهُمۡ ثَمَٰنِينَ جَلۡدَةٗ﴾[2].

وقوله: ﴿ٱلزَّانِيَةُ وَٱلزَّانِي فَٱجۡلِدُواْ كُلَّ وَٰحِدٖ مِّنۡهُمَا مِاْئَةَ جَلۡدَةٖۖ﴾[3]، فهذه النصوص لا تجيز الاقتصار على ما دون العدد المذكور فكذلك هنا، وفي تجويز أقل منه مخالفة للكتاب.

ونوقش هذا الدليل بأن الآية جاءت ببيان جواز العمل بشهادة العدل وشهادة الرجلين مشروعة والرجل والمرأتين مشروع. وهذا لا يمنع جواز قبول شهادة الرجل الواحد ويمين المدعي إذ ليس فيها بيان ذلك بدون العدد ولم يحصر الشهادة بما ذكر.

وعلى فرض التسليم بأن الآية حصرت البينة فما ذكر فإن الآية

---

(١) البقرة: ٢٨٢.

(٢) النور: ٤.

(٣) النور: ٢.

واردة في شهادة التحمل دون الأداء ولهذا قال تعالى: ﴿أَن تَضِلَّ إِحْدَىٰهُمَا فَتُذَكِّرَ إِحْدَىٰهُمَا ٱلْأُخْرَىٰ﴾ والنزاع في شهادة الأداء لا في التحمل.

واستدلوا أيضاً بقوله تعالى في نفس الآية: ﴿مِمَّن تَرْضَوْنَ مِنَ ٱلشُّهَدَآءِ﴾.

وجه الاستدلال: أن الشاهد الواحد غير مقبول ولا مراد بالآية ويمين المدعي لا يجوز أن يقع عليها اسم الشاهد ولا يجوز أن يكون رضي فيما يدعيه المدعي لنفسه فالحكم بشاهد واحد ويمين المدعي مخالف للآية من هذا الوجه ورافع لما قصد به من أمر الشهادات من الاحتياط والتوثق.

ونوقش هذا الدليل: بأن الشاهد واليمين هو قضاء ببينة شرعها الله سبحانه وتعالى على لسان رسوله فالقضاء بالبينة حجة سواء رضي الخصم أو لم يرض، وكذلك ليس المراد من رضا الشهود في قوله: ﴿مِمَّن تَرْضَوْنَ مِنَ ٱلشُّهَدَآءِ﴾ أن يرضى الخصم وإنما الذي يرضي ذلك الشخص الذي يريد تحميل الشهادة غيره.

ثانياً: أدلة الحنفية من السنة:

١ ـ استدلوا بقوله ﷺ: **«البينة على المدعي واليمين على المدعى عليه»**(١).

وجه الاستدلال: أن الحديث فرق بين اليمين والبينة وخص البينة بالمدعي واليمين بالمدعى عليه، وجعل اليمين على المدعى مخالف لهذا الحديث واعتبار اليمين بينة غير جائز لأنه لو جاز أن تسمى اليمين بينة لكان بمنزلة قول القائل البينة على المدعي والبينة على المدعى عليه، والبينة اسم للجنس فاستوعب ما تحتها وما من بينة إلا وهي التي على

---

(١) رواه مسلم ٢/١٢.

المدعي ولذا لا يجوز أن يكون عليه اليمين[1].

ونوقش هذا الدليل: بأنه ليس في الحديث ما يدل على منع القضاء بشاهد ويمين المدعي وذلك لأن الحديث لم يتطرق لبيان طرق الإثبات كلها بل اقتصر على الغالب والكثير منها. وأجاب القرافي عن هذا الاستدلال بقوله: بأن اليمين التي على المنكر لا تتعداه، لأن اليمين التي عليه هي اليمين الدافعة واليمين مع الشاهد هي الجالبة فهي غيرها فلم يبطل الحصر ولم يكن قولنا: يمين المدعي مع الشاهد تحويلاً من يمين المنكر بل إثبات ليمين أخرى بالسنة فلا يرد أنه لما لم تتحول البينة لم تتحول اليمين مع أن التحويل واقع غير منكر لأنه لو ادعى عليه فأنكر لم يكن للمنكر إقامة البينة ولو ادعى القضاء كان له إقامة البينة مع أنها بينة ثابتة بالحالين[2].

دليل ثان من السنة للأحناف:

ما رواه أبو داود عن الأشعث بن قيس رضي الله عنهما قال: كان بيني وبين رجل خصومة في بئر فاختصمنا إلى رسول الله ﷺ فقال: **«شاهداك أو يمينه»**، فقلت: إنه إذاً يحلف ولا يبالي، فقال: **«من حلف على يمين يقتطع بها مال امرىء مسلم هو فيها فاجر لقي الله وهو عليه غضبان»**[3].

وجه الاستدلال: أن النبي ﷺ خيَّر المدعي فقال: **«شاهداك أو يمينه»**، فلو صح القضاء بشاهد ويمين لقال للمدعي ذلك وحيث أنه لم يقله دل على أن القضاء بشاهد ويمين لم يدل عليه الحديث والرسول

---

(١) طرق الإثبات ٣٤/١.

(٢) الفروق للقرافي ٨٩/٤.

(٣) متفق عليه وهذه رواية أبي داود في سننه ٣١٢/٣.

طلب اليمين من المدعى عليه لا من المدعي[1].

ونوقش هذا الدليل بأن المقام ليس مقام حصر إذ لو كان مقام حصر لهدم المستدل مذهبه لأنه يقول بالقضاء بالنكول ولا نص عليه هنا.

والرسول هنا لم ينف جنس البينة إذ لو قال الأشعث: عندي شاهد لطالبه الرسول باليمين والدليل. قول الأشعث للخصم يحلف ولا يبالي والمدعي نفى جنس البينة حيث طلب الرسول منه البينة بقوله: «**شاهداك**»، فقال المدعي: ليست لي بينة، هذا تقدير الكلام.

ثالثاً: أدلة الأحناف العقلية:

استدلوا بالمعقول من وجوه:

١ ـ أن اليمين من المدعي لو كان كالشاهد لجاز تقديمه على الشاهد كأحد الشاهدين مع الآخر ولجاز إثبات الدعوى بيمين.

ونوقش هذا الدليل بأن هناك فرقاً بين الأمرين لأن الشاهدين معناهما مستويان فلا مزية لأحدهما على الآخر في التقديم، وأما اليمين فإنما تدخل لتقوية جهة الشاهد فقبله لا قوة له فلا تدخل ولا تشرع وإنما شرع الشاهدان لأنهما قوة مستقلة مع الضعف.

٢ ـ وقالوا: حيث لا يقضي في الأبدان بالشاهد واليمين فإنه كذلك لا يقضي به في الأحوال الأخرى قياساً على الأبدان.

ونوقش هذا الدليل: بأن الأبدان أعظم ولذلك لا يقبل فيها شهادة

---

(١) الوجيز في الدعوى وطرق الإثبات ١/٧٠.

النساء ولا تثبت باليمين مع النكول[١].

أدلة الجمهور المجيزين للقضاء بالشاهد ويمين المدعي في الأموال خاصة[٢].

استدلوا بالكتاب والسنة والإجماع والمعقول:

أولاً: أدلة الجمهور من الكتاب:

١ ـ فمن الكتاب استدلوا بقوله تعالى: ﴿إِن جَآءَكُمْ فَاسِقٌۢ بِنَبَإٍ فَتَبَيَّنُوٓاْ﴾.

وجه الدلالة: أن هذا ليس بفاسق فوجب أن يقبل قوله مع اليمين لأنه لا قائل بالفرق[٣].

ثانياً: أدلة الجمهور من السنة:

استدلوا بما يأتي:

١ ـ عن ابن عباس رضي الله عنه أن رسول الله ﷺ قضى بيمين وشاهد[٤].

٢ ـ وعن أبي هريرة رضي الله عنه أن رسول الله ﷺ قضى باليمين مع الشاهد.

---

(١) النظرية العامة للإثبات، د. أحمد الحصري ٥٧/١، والفروق للقرافي ٨٧/٤، والوجيز في الدعوى وطرق الإثبات ٧١/١.

(٢) النظرية العامة للإثبات ٤٦/١، ونهاية المحتاج ٣١٢/٨، والفروق للقرافي ٨٨/٤، والمغني ١٥٣/٩.

(٣) الفروق ٨٨/٤.

(٤) روي هذا الحديث عن أصحاب السنن، ورواه مسلم عن ابن عباس في صحيحه ٣/١٢، وسنن أبي داود ٣٠٨/٣.

٣ - وروى أحمد والدارقطني وذكره الترمذي عن جعفر بن محمد عن أبيه عن أمير المؤمنين علي بن أبي طالب أن النبي ﷺ قضى بشهادة شاهد واحد ويمين صاحب الحق[١].

جاء في نهاية المحتاج قال: وما ثبت برجل وامرأتين يثبت برجل ويمين لأنه ﷺ قضى بهما في الحقوق والأموال ثم الأئمة من بعد، ورواه البيهقي عن نيف وعشرين صحابياً[٢].

وجه الدلالة: أن الرسول ﷺ قضى بالشاهد واليمين وهو لا يفعل إلا ما كان مأذوناً فيه فلو كان القضاء بالشاهد واليمين غير مشروع لما وقع من الرسول صلوات الله وسلامه عليه لكنه وقع فكان وقوعه منه دليلاً على ثبوت الحق بشاهد ويمين.

فإن قيل: إن الحكم باليمين مع الشاهد زيادة على النص فيكون نسخاً والسنة لا تنسخ القرآن.

أجيب بأن اليمين مع الشاهد ليس نسخاً وإنما هو زيادة حكم على لسان رسول الله ﷺ كنهيه ﷺ عن نكاح المرأة على عمتها وعلى خالتها مع قوله تعالى: ﴿وَأُحِلَّ لَكُم مَّا وَرَآءَ ذَٰلِكُمْ﴾[٣].

وكذلك النسخ معناه الإزالة والرفع والزيادة في الشيء تقرير له لا يرفع والحكم بالشاهد واليمين لا يمنع الحكم بالشاهدين ولا يرفعه فإن قيل: إن ما ورد في الحديث قضية في عين فلا عموم.

أجيب بأن ذلك عبارة عن تقعيد قاعدة فكأن رسول الله ﷺ أوجب الحكم باليمين مع الشاهد.

---

(١) الأم للشافعي ٥/٢٥٠.

(٢) نهاية المحتاج ٨/٣١٣.

(٣) النساء: ٢٤.

ويشهد لهذا رواية ابن عباس أن رسول الله ﷺ قضى بشاهد ويمين في الحقوق.

ثالثاً: استدل الجمهور بالإجماع:

فقد جاء في الفروق ـ الدليل الثاني إجماع الصحابة على ذلك وروي ذلك عن أبي بكر وعمر وعلي وأبي بن كعب وعدد كثير من غير مخالف روى ذلك النسائي وغيره[١].

وجاء في المغني لابن قدامة قال: وأكثر أهل العلم يرون ثبوت المال لمدعيه بشاهد ويمين روي ذلك عن أبي بكر وعمر وعثمان وعلي رضي الله عنهم وهو قول الفقهاء السبعة وعمر بن عبدالعزيز والحسن وشريح وإياس وعبدالله بن عتبة وأبي سلمة ابن عبدالرحمن ويحيى بن يعمر وربيعة ومالك وابن أبي ليلى وأبي الزناد والشافعي وأجمع أهل العلم على القول به وقد ذكرنا خبر أبي هريرة وابن عباس فيه[٢].

وجاء في الوجيز قال: وأما الإجماع فقد قضى بالشاهد واليمين أبو بكر وعمر وعثمان وعلي وابن عباس وعمر بن عبدالعزيز وشريح والشعبي وربيعة وفقهاء المدينة ومالك والشافعي وكثير من الصحابة والتابعين ولم يعلم لهم مخالف فكان ذلك إجماعاً منهم[٣].

رابعاً: أدلة الجمهور العقلية:

استدل الجمهور بالمعقول من وجوه:

١ ـ أن اليمين تشرع في حق من ظهر صدقه وقوي جانبه ولذلك

---

(١) للقرافي ٣/٨٣.
(٢) ٩/١٥٢.
(٣) الوجيز في الدعوى والإثبات ١/٦٥.

شرعت في حق صاحب اليد لقوة جانبه بها وفي حق المنكر لقوة جانبه فإن الأصل براءة ذمته والمدعي هنا قد ظهر صدقه فوجب أن تشرع اليمين في حقه[1].

٢ ـ أن المدعي أحد طرفي الدعوى فهو أحد المتداعيين فتشرع اليمين في حقه إذا رجح جانبه كالمدعى عليه، وقياساً للشاهد على اليد فكما يحلف صاحب اليد ويقضي له كذلك يحلف المدعي إذا شهد له شاهد واحد ويقضي له بما طلبه[2].

وقد أجمل القرافي في كتابه الفروق أدلة الجمهور حيث قال: لنا وجوه:

الأول: في الموطأ أن رسول الله ﷺ قضى باليمين مع الشاهد وروي في المسانيد بألفاظ متقاربة وقال عمرو بن دينار رواية عن ابن عباس في الأموال.

الثاني: إجماع الصحابة على ذلك وروي ذلك عن أبي بكر وعمر وعلي وأبي بن كعب وعدد كثير من غير مخالف روى ذلك النسائي وغيره.

الثالث: ولأن اليمين تشرع في حق من ظهر صدقه وقوي جانبه وقد ظهر ذلك في حقه بشاهده.

الرابع: أنه أحد المتداعين فتشرع اليمين في حقه إذا رجح جانبه كالمدعى عليه.

---

(١) المغني لابن قدامة ١٥٢/٩، ونهاية المحتاج ٣١٣/٨، والفروق ٨٨/٤.

(٢) النظرية العامة للإثبات ٥٤/١، والفروق ٨٨/٤.

الخامس: قياساً للشاهد على اليد.

السادس: ولأن اليمين أقوى من المرأتين لدخولها في اللعان دون المرأتين وقد حكم بالمرأتين مع الشاهد فيحكم باليمين.

السابع: ولقوله عليه الصلاة والسلام: «**البينة على من ادعى واليمين على من أنكر**»، وهي مشتقة من البيان والشاهد واليمين يبين الحق.

الثامن: قوله تعالى: ﴿إِن جَآءَكُمْ فَاسِقُۢ بِنَبَإٍ فَتَبَيَّنُوٓا۟﴾ وهذا ليس بفاسق فوجب أن يقبل قوله مع اليمين لأنه لا قائل بالفرق[1].

الراجح: أن المتأمل في أدلة الفريقين وما ورد عليها من مناقشة واعتراض يتبين له جلياً أن أدلة الجمهور قوية حيث قد سلمت من الرد وما عسى أن يوجه إليها من نقد فكان مذهبهم هو الراجح وأن أدلة الحنفية مردودة لضعفها ولمناقشتها من قبل الجمهور. والله أعلم.

* * *

الأمور التي يجوز فيها القضاء بشاهد ويمين

اتفق الفقهاء القائلون بجواز القضاء بشاهد ويمين في القضاء بهما في المال وما يؤول إليه، كما اتفقوا على عدم جواز القضاء بالشاهد واليمين في الحدود ذلك أنها تدرأ بالشبهات لأنها حق من حقوق الله[2].

---

(١) ٨٧/٤ ـ ٨٨.

(٢) نهاية المحتاج ٣١٣/٨، المغني لابن قدامة ١٥١/٩، الفروق ٨٧/٤، الوجيز في الدعوى والإثبات ٧٢/١.

جاء في الطرق الحكمية قال: والمواضع التي يحكم فيها بالشاهد واليمين المال وما يقصد به كالبيع والشراء وتوابعها من اشتراط واصفه في المبيع أو نقد غير نقد البلد والإجارة والجعالة والمساقاة والمزارعة والمضاربة والشركة والهبة(١).

وجاء في نهاية المحتاج قال: وما ثبت برجل وامرأتين يثبت برجل ويمين المدعي لأنه ﷺ قضى بهما في الحقوق والأموال ثم الأئمة من بعده(٢).

اختلف الفقهاء المجيزون للقضاء بالشاهد واليمين.

هل يجوز القضاء بهما في غير الأموال كالقصاص والنكاح والطلاق ونحوها على قولين:

١ ـ ذهب مالك والظاهرية إلى جواز القضاء بشاهد ويمين في القصاص وغيره.

جاء في المحلى قال أبو محمد: فهذه آثار لا يحل الترك لها فالواجب أن يحكم بذلك في الدماء والقصاص والنكاح والطلاق والرجعة والأموال حاشا الحدود(٣).

وجاء في الفروق قال: تنبيه: قال العبدي: يثبت بالشاهد واليمين في مذهب مالك أربعة: الأموال والكفالة والقصاص في جراح العمد والخلطة التي هي شرط في التحليف في بعض الأموال(٤).

---

(١) لابن القيم ١/١٣٥.
(٢) نهاية المحتاج إلى شرح المنهاج للرملي ٨/٣١٣.
(٣) لابن حزم ٩/٤٠٥.
(٤) للقرافي ٤/٩٠.

ويظهر لنا أن ما ذهب إليه ابن حزم أعم مما ذهب إليه المالكية.

٢ ـ وذهب الجمهور إلى عدم جوازه إلا في الأموال وما يؤول إليها خاصة[١].

جاء في المغني قال: ولا يقبل في الأموال أقل من رجل وامرأتين ورجل عدل مع يمين الطالب[٢].

فالخلاصة: أن الفقهاء في هذه المسألة على قولين:

١ ـ قول يجيز القضاء بهما في غير الأموال.

٢ ـ وقول لا يجيز القضاء بهما إلا في الأموال وما يؤول إليها.

الأدلة:

استدل أصحاب القول الأول بالسنة:

وذلك أن القضاء بالشاهد واليمين جائز في جميع الأحكام بالأحاديث الواردة في مشروعية القضاء بشاهد ويمين حيث وردت عامة في لفظها مطلقة في مدلولها ولم يرد نص يخصص العام أو يقيد المطلق فتبقى على العموم والاطلاق.

ونوقش هذا الدليل بأن النصوص وردت مطلقة وأخرى مقيدة في الأموال وذلك في بعض الروايات فيحمل المطلق على المقيد[٣].

---

(١) المرجع السابق ٣١٣/٨.
(٢) لابن قدامة ١٥١/٩.
(٣) الوجيز في الدعوى والإثبات ٧٣/١.

أدلة القول الثاني المجيز للقضاء بالشاهد ويمين المدعي في الأموال خاصة وما يؤول إليها بالسنة والمعقول:

من السنة: الروايات الواردة بالتقييد ومنها ما روى مسلم وأبو داود والنسائي ومالك عن ابن عباس أن رسول الله ﷺ قضى باليمين مع الشاهد، فقال راوي الحديث: وذلك في الأموال.

وأما المعقول: فإن الأموال كثيرة الحركة والتداول بين الناس بخلاف غيرها ولذلك فإن الحاجة والضرورة تستدعي قبول القضاء بالشاهد واليمين في الأموال.

وهذا هو الراجح لقوة أدلته ولتقييد بعض الروايات في الأموال ولخلو أدلته من الاعتراضات وضعف أدلة الخصم ومناقشتها. والله أعلم.

❑ ❑ ❑ ❑ ❑ ❑



الفصل الثالث
الحكم

تعريف الحكم لغة وشرعاً:

أولاً: تعريف الحكم لغة:

يأتي الحكم بضم الحاء وفتحها، فهو بالضم بمعنى القضاء، وبالفتح بمعنى المنع. ومنه سمي القاضي حاكماً لأنه يمنع الظالم من الظلم.

جاء في تاج العروس قال: الحكم بالضم القضاء في الشيء بأنه كذا أو ليس بكذا، وجمعه أحكام، وقد حكم له وعليه ويحكم حكماً وحكومة إذا قضى وحكم بينهم كذلك وجمع الحكومة حكومات. يقال: هو يتولى الحكومات ويفصل في الخصومات والحاكم منفذ الحكم بين الناس وجمعه حكمة وإنما سمي به الحاكم بين الناس لأنه يمنع الظالم من الظلم.

قال الراغب: الحكم أعم من الحكمة فكل حكمة حكم ولا عكس فإن الحكيم له أن يقضي على شيء بشيء فيقول: هو كذا أو وليس بكذا[1].

---

(١) للزبيدي ٨/٣٥٣.

ثانياً: الحكم شرعاً:

اختلف الفقهاء في تحديد الحكم.

فعرفه الحنفية بما جاء في حاشية ابن عابدين قال: الحكم فصل الخصومات وقطع المنازعات[١].

وجاء في مجلة الأحكام العدلية مادة (١٧٨٦) قال: الحكم عبارة عن قطع الحاكم المخاصمة وحسمه إياها[٢].

وجاء في نهاية المحتاج قال: الحكم إلزام من له الإلزام بحكم الشرع[٣].

وجاء في تبصرة الحكام: أن الحكم هو الإخبار عن حكم شرعي على سبيل الإلزام[٤].

وجاء في الروض المربع قال: الحكم هو تبيين الحكم الشرعي والإلزام به وفصل الحكومات[٥].

وجاء في موضع آخر قال: الحكم فصل الخصومات[٦].

والفقهاء يجعلون الحكم مرادفاً للقضاء شرعاً وهو ما جاءت به اللغة وهذه التعاريف وإن كانت متقاربة المعنى إلا أنها لا تخلو عن اعتراض، وأجمع تعريف في نظري للحكم من الاعتراض أن يقال: هو فصل الخصومة بقول أو فعل يصدر عن القاضي ومن في حكمه بطريق الإلزام.

---

(١) ٥/٣٣٥.
(٢) ١/٣٦٤.
(٣) نهاية المحتاج ٨/٢٣٤.
(٤) تبصرة الحكام ١/١٢.
(٥) الروض المربع ١/٥١٦.
(٦) المرجع السابق ١/٥١٧.

إيضاح هذا التعريف:

فقوله: فصل الخصومة هذا بيان لحقيقة الحكم.

وقوله: بقول أو فعل بيان لوسيلة التعبير عن الحكم فهو كما يكون بالقول تارة يكون بالفعل وتارة بالإشارة. وقوله: يصدر عن القاضي يقصد به إخراج كل ما يصدر عن غيره ممن ليست لهم ولاية القضاء لأن الأحكام يختص بها القضاة ويلحق بهم نوابهم وولاة الأمور ومن يعطون هذه الولاية.

وقوله: بطريق الإلزام يخرج ما يفعله القضاة من المصالحات بين المتنازعين فكان هذا التعريف جامعاً مانعاً[1].

تعريف الحكم عند رجال المرافعات:

عرفه رجال المرافعات بأنه كل قرار تصدره المحكمة له علاقة بالدعوى المرفوعة إليها سواء كان في موضوع الخصومة أو في طرف منها.

جاء في أصول المرافعات قال: يطلق الحكم بمعنى واسع على كل قرار تصدره المحكمة متعلقاً بالدعوى المرفوعة إليها إياً كان نوعه[2].

وجاء في مبادىء القضاء المدني قال: الحكم بالمعنى العام هو القرار الذي تصدره المحكمة في خصومة سواء في نهايتها أو أثناء سيرها وسواء أكان صادراً في موضوع الخصومة أو في مسألة فرعية[3].

---

(١) نظرية الدعوى ٢/٢٠٤.

(٢) د. أحمد مسلم ٦٧١/١.

(٣) د. وجدي راغب ٤٤٦/١.

شروط الحكم:

اتفق الفقهاء على شروط للحكم حتى يكون صحيحاً منهياً للدعوى واختلفوا في بعض الشروط فبعضهم اعتبرها وجعل تخلفها مبطلاً للحكم والبعض الآخر اعتبرها مكملة، ومرد هذا الاختلاف إلى اجتهادهم وإليك البيان:

١ ـ **الشرط الأول**: اتفق الفقهاء على اشتراط عدم مخالفة الحكم للكتاب أو السنة أو الإجماع أو القياس الجلي فلو خالف أحدها وجب نقض الحكم على القاضي الذي أصدره[(١)].

جاء في شرح الدر المختار قال: وإذا رفع إليه حكم قاض آخر نفذه إلا ما عري عن دليل مجمع عليه أو خالف كتاباً أو سنة مشهورة أو إجماعاً[(٢)].

وجاء في مغني المحتاج قال: وإذا حكم باجتهاده ثم بان خلاف نص الكتاب أو السنة أو الإجماع أو قياس جلي نقضه هو وغيره[(٣)].

وجاء في تبصرة الحكام قال: وقد يذكر القاضي في حكمه الوجه الذي بنى عليه حكمه فيوجد مخالفاً لنص أو إجماع فيوجب فسخه[(٤)].

وجاء في الإقناع قال: ثم ينظر في حال القاضي قبله إن شاء ولا يجب فإن كان ممن يصلح للقضاء لم يجز أن ينقض من أحكامه إلا ما يخالف نص كتاب أو سنة متواترة أو آحاد أو خالف إجماعاً قطعياً لا

---

(١) شرح الدر المختار ٣٢٣/٢، ومغني المحتاج ٢٩٦/٤، وتبصرة الحكام ٧٣/١، والإقناع ٣٨٦/٤، والمغني لابن قدامة ٥٦/٩.
(٢) لمحمد علاء الدين الحصكفي ٣٢٣/٢.
(٣) مغني المحتاج للنووي ٢٩٦/٤.
(٤) تبصرة الحكام لابن فرحون ٧٣/١.

ظنياً وينقض حكمه بما لم يعتقده وفاقاً للأئمة الأربعة وحكاه القرافي إجماعاً[١].

وجاء في المغني قال: مسألة: ولا ينقض من حكم غيره إذا رفع إليه إلا ما خالف نص كتاب أو سنة أو إجماعاً وجملة ذلك أن الحاكم إذا رفعت إليه قضية قد قضى بها حاكم سواه فبان له خطؤه أو بان له خطأ نفسه نظرت فإن كان الخطأ لمخالفة نص كتاب أو سن أو إجماع نقض حكمه[٢].

٢ ـ **الشرط الثاني**: أن تتقدم الحكم خصومة ودعوى صحيحة.

جاء في مجلة الأحكام العدلية قال: يشترط في الحكم سبق الدعوى وهو أنه يشترط في حكم الحاكم بخصوص ما هو متعلق بحقوق العباد ادعاء أحد على الآخر بذلك الخصوص في أول الأمر ولا يصح الحكم الواقع من دون سبق الدعوى[٣].

٣ ـ **الشرط الثالث**: أن يكون الحكم بصيغة تدل على الإلزام.

جاء في جامع الفصولين قال: والحكم هو فصل الخصومة ولا يكون كذلك إن لم يكن ملزماً[٤].

وجاء في مغني المحتاج قال: والحكم إلزام وأعلاها الثبوت مع الحكم[٥].

٤ ـ **الشرط الرابع**: أن يكون الحكم صريحاً واضحاً وذلك بتعيين ما يحكم به ومن يحكم لهم بصورة واضحة ذلك أن الحكم فصل

---

(١) في فقه الإمام أحمد بن حنبل للحجاوي ٣٨٦/٤.
(٢) لابن قدامة ١٥٤/٩.
(٣) ٣٧١/١.
(٤) ٢٠/١.
(٥) مغني المحتاج ٣٩٤/٤.

الخصومة ولا يكون كذلك ما لم يكن واضحاً صريحاً.

جاء في تبصرة الحكام قال: فيجب على الحاكم أن يبين في حكمه ما أراده وإبهام ذلك لا يجوز عند القدرة ثم قال: واعلم أنه ينبغي للقاضي أن يصون حكمه ويبين مقصوده[١].

٥ ـ **الشرط الخامس**: واشترط الأحناف حضور الطرفين حين الحكم.

جاء فى مجلة الأحكام مادة (١٨٣٠) قال: يلزم حضور الطرفين وقت الحكم في مجلسه بعد المحاكمة والمواجهة[٢].

شروط الحكم في القانون الوضعي:

اتفقت القوانين الوضعية للمرافعات على جعل شروط شكلية لا بد من توفرها في الحكم الصادر وإلا كان باطلاً.

جاء في أصول المرافعات عنوان قال: شكليات جوهرية يترتب على مخالفتها بطلان الأحكام ثم شرع في بيانها[٣].

أولاً: المداولة إذا تعدد القضاة في هيئة المحكمة فإنه يجب أن يسبق إصدار الحكم المداولة وهي تبادل الرأي بين القضاة بغرض تكوين الرأي القضائي ولا يجوز أن يشترك في المداولة غير القضاة الذين سمعوا المرافعة وإلا كان الحكم باطلاً وهي سرية بين القضاة مجتمعين وتصدر الأحكام بأغلبية الآراء، وأما المحكمة التي تشكل من قاض واحد فلا يشترط فيها ذلك.

---

(١) تبصرة الحكام حاشية ١/١١٠.
(٢) ١/٣٧٣.
(٣) د. أحمد مسلم ١/٦٧٥.

جاء في المادة (١٦٦) من قانون المرافعات المصري قال: تكون المداولة في الأحكام سراً بين القضاة مجتمعين.

وقال في مادة (١٦٧): لا يجوز أن يشترك في المداولة غير القضاة الذين سمعوا المرافعة وإلا كان الحكم باطلا[1].

ثانياً: الشرط الثاني: إصدار الحكم نطقاً في جلسة علنية.

أن يصدر الحكم بالنطق في جلسة علنية وإلا كان باطلاً وذلك بتلاوة منطوقه أو بتلاوة منطوقه مع أسبابه ويجب أن يحضر القضاة الذين اشتركوا في المداولة تلاوة الحكم فإذا حصل مانع لأحدهم وجب أن يوقع على مسودة الحكم.

جاء في قانون المرافعات مادة (١٧٠) قال: يجب أن يحضر القضاة الذين اشتركوا في المداولة تلاوة الحكم فإذا حل لأحدهم مانع وجب أن يوقع مسودة الحكم.

وجاء في مادة (١٧٤): ينطق القاضي بالحكم بتلاوة منطوقه أو بتلاوة منطوقه مع أسبابه ويكون النطق به علانية وإلا كان الحكم باطلا[2].

ثالثاً: الشرط الثالث توثيق الحكم:

يتطلب القانون بعد ذلك كتابة أصل للحكم يسمى نسخة الحكم الأصلية تشتمل على بيانات الحكم كاملة يوقع عليه رئيس المحكمة وكاتبها ويوجب القانون تحرير هذه الورقة وحفظها في الملف خلال سبعة أيام من صدور الحكم وإلا كان المتسبب في التأخير ملزماً بالتعويض ويجوز إعطاء صورة من هذا الأصل لمن يطلبها ولو لم يكن له شأن في

---

(١) قانون المرافعات المصري ٥٧/١.

(٢) قانون المرافعات المصري ٥٨/١.

الدعوى متى دفع الرسم المستحق ويجب أن تتوفر في نسخة الحكم الأصلية البيانات الآتية:

أ ـ الديباجة وهي صدور الحكم باسم الشعب وبيان المحكمة التي أصدرت الحكم وتاريخ إصداره ومكانه وما إذا كان صادراً في مادة تجارية أو مسألة مستعجلة واسماء القضاة الذين سمعوا المرافعة واشتركوا في الحكم وحضروا تلاوته.

ب ـ وقائع الخصومة وتشتمل على اسم عضو النيابة الذي أبدى رأيه في القضية إن كانت النيابة قد تدخلت ورأي النيابة وأسماء الخصوم وألقابهم وصفاتهم وموطن كل منهم وحضورهم وغيابهم وعرض مجمل لوقائع الخصومة ثم طلبات الخصوم وخلاصة موجزة لدفوعهم ودفاعهم الجوهري.

جـ ـ تسبيب الحكم وينص القانون على أنه يجب أن تشتمل الأحكام على الأسباب التي بنيت عليها وإلا كانت باطلة.

جاء في مادة (١٧٦) قال: يجب أن تشتمل الأحكام على الأسباب[١] التي بنيت عليها وإلا كانت باطلة[٢]، والقصور في أسباب الحكم الواقعية والنقص أو الخطأ الجسيم في أسماء الخصوم وصفاتهم كذا عدم ذكر أسماء القضاة الذين أصدروا الحكم يترتب عليه بطلان الحكم.

د ـ منطوق الحكم ويقصد به ما قضت به المحكمة في الطلبات المطروحة أمامها[٣].

---

(١) المقصود بالأسباب: الحيثيات والأسانيد الواقعية والحجج القانونية التي بنت المحكمة عليها قضاءها.

(٢) قانون المرافعات المصري ٥٩/١.

(٣) الموجز في مبادىء القضاء المدني، د. وجدي راغب ٤٥٠/١، وأصول المرافعات، د. أحمد مسلم ٦٧٦/١.

وقد أخذ مشروع نظام المرافعات السعودي بما أخذت به قوانين المرافعات الحديثة وخاصة قانون المرافعات المصري.

فجاء في المادة (١٦٢) من المشروع قال: إذا تعدد القضاة فتكون المداولة في الأحكام سرية ولا يجوز أن يشترك في المداولة غير القضاة الذين سمعوا المرافعة.

وجاء في المادة (١٦٤) قال: بعد قفل المرافعة والانتهاء إلى الحكم في القضية يجري تدوينه في ضبط المرافعة مسبوقاً بالأسباب التي بنى عليها ثم يوقع عليه القاضي أو القضاة الذين اشتركوا في نظر القضية.

وجاء في المادة (١٦٧) قال: ينطق الحكم بتلاوته فقط أو بتلاوته مع أسبابه ويكون النطق به علانية ويجب أن يكون القضاة الذين اشتركوا في المداولة حاضرين تلاوة الحكم فإذا حصل لأحدهم مانع جاز تغيبه إذا كان قد وقع على الحكم المدون في الضبط.

وجاء في المادة (١٦٨): بعد الحكم تصدر المحكمة إعلاماً مختصراً حاوياً لخلاصة الدعوى والجواب والدفع الصحيح وشهادة الشهود بلفظها وتزكيتها وتحليف الأيمان وأسباب الحكم مع حذف الحشو والجمل المكررة والتي لا دخل لها ولا تأثير لها في الحكم.

وجاء في المادة (١٦٩): يجب تنظيم وتسجيل إعلام الحكم خلال خمسة أيام في القضايا المختصة بالمحاكم الجزئية وعشرة أيام في القضايا الأخرى وذلك اعتباراً من يوم النطق به[١].

❋ ❋ ❋

---

(١) مشروع نظام المرافعات السعودي ٢٣/١.

أقسام الحكم

أولاً: ينقسم الحكم من حيث كون المحكوم به صحيح التصرف أو موجبه إلى قسمين:

١ ـ **الأول**: الحكم بصحة التصرف المتنازع عليه.

جاء في تبصرة الحكام قال: تعريف الصحة هي عبارة عن قضاء من له ذلك في أمر قابل لقضائه ثبت عنده وجوده بشرائطه الممكن ثبوتها أن ذلك الأمر صدر من أهله في محله على الوجه المعتبر عنده في ذلك شرعاً[١].

والحكم بالصحة لم يخالف أحد بجوازه بل أن القاضي يكون ملزماً به إذا ثبت لديه شروط ذلك التصرف المقتضية لتصحيحه من ملك للشيء المتصرف فيه وحيازته وأهلية المتصرف وصحة صيغة ذلك التصرف فالحكم بالصحة يدل على توفر جميع هذه الشروط[٢] مع كون تصرفه في محله ولذا لا يحكم بالصحة إلا باجتماع الشروط[٣].

٢ ـ **الثاني**: الحكم بالموجب هو كما جاء في تبصرة الحكام قضاء المتولي بأمر ثبت عنده بالإلزام بما يترتب على ذلك الأمر خاصاً أو عاماً على الوجه المعتبر عنده في ذلك شرعاً[٤]، فهو بمعنى آخر عبارة عن الأثر المترتب عن ذلك الشيء[٥].

وجاء في الإقناع قال: والحكم بالموجب حكم بموجب الدعوى الثانية بنية أو غيرها فالدعوى المشتملة على ما يقتضي صحة العقد

---

(١) تبصرة الحكام لابن فرحون نقلاً عن عمر البلقيني الشافعي ١٠٢/١.

(٢) نظرية الدعوى ٢١٨/٢، وتبصرة الحكام ١٠٣/١.

(٣) الإقناع ٣٨٥/٤.

(٤) تبصرة الحكام ١٠٤/١.

(٥) حاشية ابن عابدين ٣٩٧/٥.

المدعى به الحكم فيها بالموجب[1]، وهذا النوع من الأحكام لا يشترط فيه أن يثبت أن المتصرف مالك للشيء الذي تصرف فيه وإنما يكتفى فيه بأن يثبت لدى القاضي أهلية المتصرف وصحة صيغة التصرف[2].

***

الفرق بين الحكم بالصحة والحكم بالموجب

١ ـ أن الحكم بالصحة منصب إلى نفاذ العقد الصادر من بيع أو وقف ونحوهما والحكم بالموجب منصب إلى ثبوت صدور ذلك الشيء والحكم على من صدر منه بموجب ما صدر منه ولا يستدعي ثبوت أنه مالك فعلاً إلى حين البيع.

٢ ـ أن العقد الصادر إذا كان صحيحاً باتفاق وقع الخلاف في موجبه، فالحكم بالصحة فيه لا يمنع من العمل بموجبه عند غير الذي حكم بالصحة ولو حكم فيه الأول بالموجب امتنع العمل بموجبه عند الحاكم الثاني مثاله التدبير[3] صحيح باتفاق وموجبه إذا كان تدبيراً مطلقاً، عند الحنفية منع البيع فلو حكم حنفي بصحة التدبير المذكور لم يكن مانعاً من بيعه عند من يرى صحة بيع المدبر ولو حكم الحنفي بموجب التدبير امتنع البيع إلا عند من يرى نقض الحكم المذكور لمخالفته السنة الصحيحة وهذا النقض حينئذ لمدرك آخر.

٣ ـ أن الحكم على السارق بموجب سرقته فإنه يدخله الحكم بالموجب ولا يدخله الحكم بالصحة[4].

---

(١) الإقناع ٣٨٥/٤.
(٢) تبصرة الحكام ١٠٤/١.
(٣) حاشية ابن عابدين ٣٩٨/٥.
(٤) تبصرة الحكام ١٠٤/١.

٤ ـ أن كل موضع يجوز فيه الحكم بالصحة يجوز فيه الحكم بالموجب غالباً والعكس صحيح غالباً[(١)].

وقد جعل النووي في كتابه مغني المحتاج الأقسام ستة ورتب عليها أحكامها فقال: الحكم أنواع ستة: الحكم بصحة البيع مثلاً، والحكم بموجبه، والحكم بموجب ما ثبت عنده، والحكم بموجب ما قامت به البينة عنده، والحكم بموجب ما شهدت به على نفسه، والحكم بثبوت ما شهدت به البينة وأدنى هذه الأنواع هذا السادس وهو الحكم بثبوت ما شهدت به البينة لأنه لا يزيد على أن يكون حكماً بتعديل البينة وفائدته عدم احتياج حاكم آخر إلى النظر فيها وأعلاها الحكم بالصحة وبالموجب وهذان لا يطلق القول بأن أحدهما أعلى من الآخر بل يختلف ذلك باختلاف الأشياء ففي شيء يكون الحكم بالصحة أعلى من الحكم بالموجب وفي شيء يكون الأمر بالعكس، فإذا كانت المسألة مختلف فيها وحكم فيها من يراها كان حكمه بها أعلى من حكمه بالموجب مثاله بيع المدبر مختلف في صحته فالشافعي يرى صحته والحنفي يرى فساده فإذا حكم بصحته شافعي كان حكمه بها أعلى من حكمه بموجب البيع لأن حكمه في الأول حكم بالمختلف فيه قصداً وفي الثاني يكون حكمه بها ضمناً لأنه في الثاني إنما حكمه قصداً يترتب أثر البيع عليه واستتبع هذا الحكم بالصحة لأن أثر الشيء إنما يترتب عليه إذا كان صحيحاً[(٢)].

***

(١) نظرية الدعوى ٢/٢٢٠.

(٢) ٤/٣٩٤.

تقسيم الحكم بالنسبة إلى وسيلة التعبير عنه

ينقسم الحكم من هذه الناحية إلى ثلاثة أقسام:

١ ـ قولي. ٢ ـ وفعلي. ٣ ـ وضمني.

١ ـ فالقولي: هو الذي يعبر عنه بالقول الذي يصدر عن القاضي وذلك بأن يقول القاضي حكمت أو ألزمت وكذا كل قول يدل على ثبوت المدعى، ولذا لا يلزم للقضاء لفظ مخصوص وإنما يشترط اللفظ الذي يدل على الإلزام وذلك كقول القاضي: ثبت عندي أو ظهر لي أو علمت فهذا يكون حكماً على الصحيح، وهذا هو الأصل وهو الذي يشترط فيه الدعوى والحجة وهو نوعان:

أ ـ قضاء استحقاق وإلزام.

ب ـ وقضاء ترك.

فقضاء الاستحقاق يكون بقول القاضي: حكمت أو قضيت أو أعطه الشيء الذي ادعاه عليك ونحوه.

وقضاء الترك يكون بمنع المدعي من المنازعة وذلك نحو قوله: ليس لك حق أو أنت ممنوع من المنازعة.

٢ ـ ثانياً: الحكم الفعلي: وهذا يكون بصدور فعل من القاضي فيما يكون محلاً للحكم وذلك كتزويج الصغيرة الذي هو وليها، ولذا لا يصح للقاضي أن يتزوجها ولا أن يزوجها ممن لا تقبل شهادته له لأنه لا يجوز له الحكم، وأما ما لا يكون محلاً لحكم القاضي فلا يكون فعله فيه حكم كما إذا زوج الكبيرة بالتوكيل عنها وهذا النوع لا يحتاج إلى دعوى.

٣ ـ ثالثاً: الحكم الضمني: وهو ما كان المحكوم فيه ضمن محكوم فيه آخر كما إذا شهد على خصم بحق وذكر اسمه واسم أبيه

وجده وقضى بذلك الحق كان قضاء بنسبه ضمناً وهذا لا يحتاج إلى تقديم دعوى كالقضاء الفعلي[1].

جاء في الأشباه والنظائر لابن نجيم قال: القضاء الضمني لا تشترط له الدعوى والخصوم فإذا شهد على خصمه بحق وذكر اسمه واسم أبيه وجده وقضى بذلك الحق كان قضاء بنسبه ضمناً وإن لم يكن في حادثة النسب[2].

***

تقسيم الحكم عند رجال القانون

١ ـ تنقسم الأحكام إلى أحكام فاصلة في الموضوع وأحكام إجرائية، والأحكام الفاصلة في الموضوع هي التي تفصل في الطلبات والدفوع الموضوعية ومثالها الأحكام التقريرية وأحكام الإلزام والأحكام المنشأة لمراكز موضوعية.

أما الأحكام الإجرائية فهي التي تفصل في مسائل المرافعات التي تثور أثناء سير الخصومة ومثالها الحكم في مسألة الاختصاص أو بطلان الإجراءات.

والفرق بين الأحكام الصادرة في الموضوع والأحكام الإجرائية أن الأولى تعتبر قضاء موضوعياً وترتب حجية الأمر المقضي ويبدو أثرها في أي إجراءات جديدة يثار فيها الموضوع الذي سبق الفصل فيه.

أما الأحكام الإجرائية فلا ترتب حجية الأمر المقضى، وإنما تنحصر

---

(١) المرافعات الشرعية، عبدالحكيم محمد ١/١١٣، والقضاء في الإسلام، د. مدكور ١/١٠٠، وأصول المرافعات الشرعية أنور العمروسي ١/٨١٣.
(٢) ١/٢٣٢.

قوتها وأثرها داخل الإجراءات التي صدرت خلالها.

٢ ـ وتنقسم الأحكام من ناحية أخرى إلى أحكام قطعية وأحكام غير قطعية تمهيدية أو تحضيرية.

فالحكم القطعي هو الذي يفصل في مسألة معينة بصفة حاسمة تستنفذ سلطة المحكمة لها وتعتبر الأحكام الصادرة في الموضوع أحكاماً قطعية.

أما الأحكام الإجرائية فبعضها أحكام قطعية كالحكم الصادر في مسألة الاختصاص وبعضها الآخر يعتبر غير قطعي وهو ما يسمى بالأحكام التمهيدية أو التحضيرية وهي الأحكام المنظمة لسير الخصومة أو بإجراءات الإثبات كالحكم بضم دعويين أو إقفال باب المرافعة.

والفرق بينهما أنه لا يجوز للمحكمة العدول عن الحكم القطعي أو تغييره أما الأحكام التمهيدية أو التحضيرية فيجوز للمحكمة العدول عنها أو تغييرها إذا تبينت وجهاً لذلك والأحكام القطعية لا تزول بسقوط الخصومة خلافاً للأحكام التمهيدية أو التحضيرية غير القطعية.

٣ ـ وتنقسم الأحكام من ناحية أخرى إلى أحكام ابتدائية وأحكام انتهائية.

فالحكم الابتدائي هو الحكم القابل للطعن فيه بالاستئناف، أما الحكم الانتهائي أو النهائي فهو لا يقبل الطعن فيه بالاستئناف والفرق بينهما أن الأحكام الابتدائية لا يجوز تنفيذها إلا إذا كان مشمولاً بالنفاذ المعجل وأما الانتهائية فإن القاعدة تنفيذ الأحكام تنفيذاً جبرياً[١].

---

(١) الموجز في القضاء المدني، د. وجدي راغب ٤٥٥/١، وأصول المرافعات، د. أحمد مسلم ٦٨٠/١.

آثار الأحكام:

إن أهم أثر للحكم إذا صدر وفق أصوله الشرعية يصبح واجب التنفيذ بالنسبة للواقعة التي صدر فيها حيث لا يجوز للقاضي الذي أصدره أن يرجع عنه ولا لغيره من القضاة أن ينقضوه وهذا هو معنى قول الفقهاء: إن الدعوى إذا فصلت مرة وحكم بها بمقتضى الشرع لا تنقض ولا تعاد وهذه قاعدة عامة ولكن يستثنى من هذه القاعدة أمور:

١ ـ إذا صدر الحكم مخالفاً لنص كتاب أو سنة أو مخالفاً للإجماع أو القياس الجلي فإنه في هذه الحالة يجب نقض الحكم ولا يصح تنفيذه بل يحرم[١].

جاء في حاشية ابن عابدين قال: وإذا رفع إليه حكم قاض نفذه إلا ما خالف كتاباً أو سنة مشهورة أو إجماعاً[٢].

وأما إذا كان الحكم مخالفاً لاجتهاد مجتهد فلا ينقض وذلك إذا كان الحكم في مسألة اجتهادية.

جاء في الأم للشافعي قال: وإذا حكم القاضي بحكم ثم رأى الحق في غيره فإن رأى الحق في الحادث بأنه كان خالف في الأول كتاباً أو سنة أو إجماعاً أو أصح المعنيين فيما احتمل الكتاب أو السنة نقض قضاءه الأول على نفسه وكل ما نقضه على نفسه نقضه على من قضى به إذا رفع إليه ولم يقبله ممن كتب به إليه وإن كان إنما رأى قياساً محتملاً أحسن عنده من شيء قضى به من قبل والذي قضى به يحتمل القياس ليس الآخر بأبين حتى يكون الأول خطأ في القياس[٣].

---

(١) نظرية الدعوى ٢/٢٢٧.

(٢) حاشية ابن عابدين ٥/٣٩٩.

(٣) الأم للشافعي ٦/٢٠٧.

٢ ـ ثانياً تنقض الأحكام التي تصدر على غير وفق الأصول الشرعية في نظر الدعوى وذلك مثل الأحكام التي تصدر عن القضاة الذين ينقصهم شرط من الشروط المطلوبة في تولية القضاة وكذلك صدور الحكم في حقوق العباد من غير سبق للدعوى فيكون باطلاً لتخلف شرط صحته وكذلك الأحكام الصادرة في قضايا منع القاضي من النظر فيها كحكمه على عدوه ولنفسه وشريكه أو أصله وفرعه(١).

وهذا الحكم الذي أصبح واجب التنفيذ يقتصر على الواقعة التي صدر فيها ولا يمتد إلى غيرها من الوقائع والجزئيات وكذلك لا يغير الحكم الشرعي الأساسي فلا يجعل الحرام حلالاً ولا الحلال حراماً(٢).

هل حكم الحاكم يحل الحرام ويحرم الحلال وهي مسألة الحكم بشهادة الزور.

لا يخلو حكم الحاكم في ذلك من أحد أمرين:

١ ـ **الأول**: إما أن يكون له حق الإنشاء فيه كالعقود والفسوخ والنكاح وتوابعها.

٢ ـ **الثاني**: أن يكون ليس للحاكم الحق في إنشاء الحكم فيه وذلك كالأملاك المرسلة وما يلحق بها من ميراث وغيره.

وقد اتفق الفقهاء على أن المحكوم فيه إذا كان أمر ليس للقاضي أن ينشىء الحكم في الأصل فإن حكمه لا ينفذ باطناً فلا يحل حراماً ولا يحرم حلالا(٣).

---

(١) نظرية الدعوى ٢/٢٣٠.

(٢) بدائع الصنائع ١٥/٧.

(٣) الفروق للقرافي ٤٢/٣، ونهاية المحتاج ٢٥٨/٨، وبدائع الصنائع ٥/٧، والمغني لابن قدامة ٥٨/٩.

أما إذا كان المحكوم فيه أمراً للقاضي حق إنشاء الحكم فيه فقد اختلف الفقهاء فيه على قولين:

١ ـ **الأول**: ذهب المالكية والشافعية وظاهر المذهب عند الحنابلة والصاحبان من الحنفية إلى أن قضاء القاضي لا ينفذ باطناً[1]، فلا يحل الحرام الحلال مطلقاً.

٢ ـ **الثاني**: وذهب أبو حنيفة وأحمد في رواية عنه إلى أنه ينفذ الحكم باطناً فيحل الحرام ويحرم الحلال وذلك بشرطين:

١ ـ **الأول**: كون المحل قابلاً للحكم وذلك في العقود والفسوخ وغيرها.

٢ ـ **الثاني**: عدم علم القاضي بكذب الشهود.

جاء في الفروق قال: إن حكم الحاكم ينزل منزلة البيع لمن حكم له وكذلك كل ما فيه عقداً وفسخاً، وأما الديون وما يجري مجراها مما لا عقد فيه ولا فسخ فيوافقنا فيه أبو حنيفة وأنه باق على ما كان عليه قبل الحكم وهذا هو معنى قول المالكية والشافعية والحنابلة حكم الحاكم لا يحل حراماً ولا يحرم حلالاً في نفس الأمر خلافاً لأبي حنيفة[2].

وجاء في نهاية المحتاج قال: والقضاء ينفذ ظاهراً لا باطناً فالحكم بشهادة كاذبين ظاهرهما العدالة لا يفيد الحل باطناً لمال ولا لبضع[3].

وجاء في المغني قال: فصل: وحكم الحاكم لا يزيل الشيء عن صفته في قول جمهور العلماء منهم مالك والأوزاعي والشافعي وأحمد

---

(١) المراد بالنفاذ ظاهراً مثلاً أن يسلم القاضي المرأة إلى الرجل ويقول: سلمي نفسك إليه فإنه زوجك ويقضي بالنفقة والقسم، وبالنفاذ باطناً أن يحل له وطؤها ويحل لها التمكين فيما بينها وبين الله تعالى. حاشية ابن عابدين ٥/٤٠٥.

(٢) الفروق للقرافي ٤/٤٢.

(٣) نهاية المحتاج ٨/٢٥٨.

وإسحاق وأبو ثور وداود ومحمد بن الحسن، وقال أبو حنيفة: إذا حكم الحاكم بعقد أو فسخ أو طلاق نفذ حكمه ظاهراً وباطناً فلو أن رجلين تعمدا الشهادة على رجل أنه طلق امرأته فقبلهما القاضي بظاهر عدالتها ففرق بين الزوجين لجاز لأحد الشاهدين نكاحها بعد قضاء عدتها وهو عالم بتعمده الكذب[1].

وجاء في بدائع الصنائع قال: فصل: وأما بيان ما يحله القضاء وما لا يحله فالأصل أن قضاء القاضي بشاهدي الزور فيما له ولاية إنشائه في الجملة يفيد الحل عند أبي حنيفة رحمه الله وقضاؤه بهما فيما ليس له ولاية إنشائه أصلاً يفيد الحل بالإجماع وعند أبي يوسف ومحمد رحمهما الله والشافعي رحمه الله لا يفيد الحل فيهما جميعاً. فنقول: جملة الكلام فيه أن القاضي إذا قضى بشاهدين ثم ظهر أنهما شاهدا زور فلا يخلو، إما أن قضى بعقد أو بفسخ عقد وإما أن قضى بملك مرسل، فإن قضى بعقد أو بفسخ عقد فقضاؤه يفيد الحل عنده وعندهم لا يفيد ولقب المسألة أن قضاء القاضي في العقود والفسوخ بشهود زور هل ينفذ ظاهراً أو باطناً فهو على الخلاف الذي ذكرنا وإن قضى بملك مرسل لا ينفذ قضاؤه باطناً بالإجماع[2].

وجاء في حاشية ابن عابدين قال: وينفذ القضاء بشهادة الزور ظاهراً وباطناً حيث كان المحل قابلاً والقاضي غير عالم بزورهم في العقود والفسوخ كبيع ونكاح وإقالة وطلاق[3].

وجاء في المغني لابن قدامة قال: وحكى أبو الخطاب عن أحمد رواية أخرى مثل مذهب أبي حنيفة في أن حكم الحاكم يزيل الفسوخ والعقود والأول هو المذهب.

---

(١) المغني لابن قدامة ٩/٥٨.

(٢) بدائع الصنائع للكاساني ٧/١٥.

(٣) حاشية ابن عابدين ٥/٤٠٥.

ومن هذه النصوص المختلفة يتبين لنا جلياً أن الخلاف بين جمهور الفقهاء وأبي حنيفة إنما هو فيما يقبل الإنشاء.

فذهب الجمهور إلى عدم نفاذه باطناً.

وذهب أبو حنيفة إلى نفاذه باطناً بشرطين وثمرة الخلاف تظهر في فروع، منها:

١ ـ **أولاً**: إذا شهد شاهدان زوراً على رجل أنه طلق امرأته ثلاثاً وهو ينكر فقضى القاضي بالطلاق بينهما فتزوجها أحد الشاهدين هل له وطؤها ديانة عند أبي حنيفة خلافاً للجمهور.

٢ ـ **ثانياً**: إذا شهد اثنان زوراً على امرأة لا زوج لها أن فلاناً تزوجها وهي تنكر ذلك وقضى القاضي بشهادتهما حل للزوج وطؤها ديانة عند أبي حنيفة خلافاً للجمهور ولكل أدلته.

أدلة الإمام أبي حنيفة: استدل بالسنة والأثر والمعقول.

١ ـ الأدلة من السنة:

روى سهل بن سعد الساعدي أن عويمر العجلاني أتى رسول الله ﷺ فقال يا رسول الله أرأيت رجلاً وجد مع امرأته رجلاً أيقتله فتقتلونه أم كيف يفعل؟

فقال رسول الله ﷺ: «**قد أنزل الله فيك وفي صاحبتك فاذهب فائت بها**»، قال سهل: فتلاعنا وأنا مع الناس عند رسول الله ﷺ فلما فرغا قال عويمر: كذبت عليها يا رسول الله إن أمسكتها فطلقها ثلاثاً قبل أن يأمره رسول الله ﷺ[1].

وجه الاستدلال: فقد فرق الرسول ﷺ بينهما، وأحدهما كاذب قطعاً

---

(١) رواه الجماعة إلا الترمذي ٦/٣٠٠. من نيل الأوطار.

وحكمه بالتفريق نافذ في الظاهر والباطن فيحرم عليها تمكين زوجها من نفسها كما يحرم على الزوج وطئها ويحل لها أن تتزوج غيره وتمكنه من نفسها هذا مع العلم بأن الباطن مخالف للظاهر قطعاً فدل ذلك على نفاذ الحكم ظاهراً وباطناً وإن اختلفا.

ونوقش هذا الدليل بأن هذه المسألة القاضي يعلم علم اليقين بأن أحد المتلاعنين كاذب وليس كذلك في الحكم بشهادة الشهود حيث أن القاضي لا يعلم كذب الشهود أو أحدهما على الطلاق أو النكاح وإنما يقضي بناءً على البينة التي أمامه معتقداً صحتها وأنها مظهرة للحق[(١)].

جاء في نيل الأوطار قال: وتعقب بأن الفرقة في اللعان إنما وقعت عقوبة للعلم بأن أحدهما كاذب وهو أصل برأسه فلا يقاس عليه[(٢)].

٢ ـ واستدل أبو حنيفة ثانياً بالأثر:

ما روي عن علي كرم الله وجهه بما قال محمد بن الحسن رحمه الله تعالى في الأصل: بلغنا عن علي كرم الله وجهه أن رجلاً أقام عنده بينة على امرأة أنه تزوجها فأنكرت فقضى له بالمرأة فقالت: إنه لم يتزوجني فأما إذا قضيت علي فجدد نكاحي، فقال: لا أجدد نكاحك الشاهدان زوجاك[(٣)].

وجه الدلالة: أن قول علي كرم الله وجهه: الشاهدان زوجاك، ورفضه تجديد النكاح بينهما مع موافقة المرأة على ذلك يدل على أن النكاح قد انعقد بينهما في الباطن[(٤)].

---

(١) نيل الأوطار للشوكاني ٣١٤/٨.
(٢) المرجع السابق في نفس الصفحة.
(٣) لم يثبت هذا الأثر عن علي. عن فتح الباري ١٧٦/١٣.
(٤) حاشية ابن عابدين ٤٠٦/٥.

ونوقش هذا الدليل بما يأتي:

١ ـ أن هذا الأثر لم يثبت عن علي.

٢ ـ أن لفظ الإمام علي لا يدل على أن حكمه هو الذي أنشأ الزواج بينهما حيث لم يضعه إلى حكمه وإنما أضافه إلى الشاهدين وإنما لم يجبها إلى طلبها العقد بينهما لأن في ذلك طعناً للشهود بغير دليل.

جاء في فتح الباري قال: وتعقب بأنه لم يثبت عن علي[1].

وجاء في كشاف القناع قال: وما روي عن علي أن رجلاً أدعى على امرأة نكاحاً فرفعا إلى علي فشهد شاهدان بذلك فقضى بينهما بالزوجية، فقالت: والله ما تزوجني أعقد بيننا عقداً حتى أحل له، فقال: شاهداك زوجاك، فتقدير صحته لا حجة فيه للمخالف لأنه أضاف التزويج إلى الشاهدين لا إلى حكمه ولم يجبها إلى التزويج لأن فيه طعناً على الشهود لكن اللعان ينفسخ النكاح به وإن كان أحدهما كاذباً لأن الشرع وضعه لستر الزانية وصيانة النسب فتعقبه النسخ الذي لا يمكن الانفكاك إلا به وليس كمسألتنا[2].

٣ ـ واستدل أبو حنيفة ثالثاً بالمعقول:

فقال: إن القاضي مأمور بالقضاء بالحق ولا يقع قضاؤه بالحق فيما يحتمل الإنشاء إلا بالحمل على الإنشاء لأن البينة قد تكون صادقة وقد تكون كاذبة فإن كانت صادقة وقع قضاؤه بالحق من غير حمله على الإنشاء وإن كانت كاذبة تعين الحمل على الإنشاء ضرورة لتصحيح القضاء المأمور به فإن صيانة الحكم عن الإبطال مطلوبة[3].

---

(١) فتح الباري ١٧٦/١٣.

(٢) للبهوتي ٣٥٨/٦.

(٣) بدائع الصنائع ١٥/٧، ونظرية الدعوى ٢٣٧/٢.

ونوقش هذا الدليل بأن وجوب القضاء على القاضي لا يستلزم نفاذ القضاء حقيقة في باطن الأمر فالواجب عليه هو الحكم بناءً على الظاهر المستفاد من البينة فإن فعل كان ممتثلاً لأمر الله ومأجور على الامتثال وإن لم يصادف قضاؤه الحق في الواقع ونفس الأمر[1].

أدلة الجمهور:

استدل الجمهور على مذهبهم القائل بعدم نفاذ قضاء القاضي باطناً في محل الخلاف بالكتاب والسنة وبالإجماع وبالمعقول وبالقياس.

١ ـ أولاً: أدلتهم من الكتاب:

استدلوا بقوله تعالى: ﴿وَلَا تَأْكُلُوٓا۟ أَمْوَٰلَكُم بَيْنَكُم بِٱلْبَٰطِلِ وَتُدْلُوا۟ بِهَآ إِلَى ٱلْحُكَّامِ لِتَأْكُلُوا۟ فَرِيقًا مِّنْ أَمْوَٰلِ ٱلنَّاسِ بِٱلْإِثْمِ وَأَنتُمْ تَعْلَمُونَ ۝١٨٨﴾[2].

وجه الاستدلال: أن هذه الآية تدل على أن حكم الحاكم لا يحل حراماً ولا يحرم حلالاً، وإنما أمر الحاكم بالحكم بالبينة الظاهرة يدل على هذا ما قاله ابن كثير في تفسيره لهذه الآية بعد أن ذكر حديث أم سلمة. والذي سنذكره في الدليل الثاني قال: فدلت هذه الآية وهذا الحديث على أن حكم الحاكم لا يغير الشيء في نفس الأمر فلا يحل في نفس الأمر حراماً هو حرام ولا يحرم حلالاً هو حلال وإنما هو ملزم بالظاهر فإن طابق نفس الأمر فذاك وإلا فللحاكم أجره وعلى المحتال وزره[3].

٢ ـ ثانياً: أدلة الجمهور من السنة:

ما روي عن أم سلمة زوج النبي ﷺ عن رسول الله ﷺ أنه سمع

---

(١) فتح الباري ١٣/١٧٧، ونظرية الدعوى ٢/٢٣٧.
(٢) البقرة: ١٨٨.
(٣) تفسير ابن كثير ١/٢٢٥، ونظرية الدعوى ٢/٢٤٠.

خصوم بباب حجرته فخرج إليهم فقال: «**أنا بشر وأنه يأتيني الخصم فلعل بعضكم أن يكون أبلغ من بعض فأحسب أنه صادق فأقضي له بذلك، فمن قضيت له بحق مسلم فلا يأخذه فإنما هي قطعة من النار فليأخذها أو ليتركها**»[1].

وجه الاستدلال: أن هذا الحديث يدل دلالة واضحة على أن حكم القاضي لا يحلل الحرام ولا يحرم الحلال وذلك بإخبار الرسول ﷺ بأنه إنما يحكم بين الناس بالظاهر وقد يكون مخالفاً للواقع والحقيقة فيكون الحكم ظلماً للمحكوم عليه وأن الله سبحانه يعاقب المحكوم له متى أخذ شيئاً يعلم في الحقيقة أنه ليس له[2].

وقد اعترض على هذا الدليل بأنه في حادثة خصومة أخوين في مواريث درست بينهما... إلخ، ولم يكن لهما بينة إلا دعواهما وهي رواية لأبي داود عن أم سلمة رضي الله عنهما وإذا كان الحديث ورد في الميراث لم يكن دليلاً على بطلان مذهب الإمام أبي حنيفة لأنه يسلم بأن الحكم في الميراث والملك المرسل لا يحلل حراماً ولا يحرم حلالاً وهو مع الجمهور في هذه المسائل وإنما الخلاف بالنسبة للعقود والفسوخ والحديث لم يتطرق لها[3].

والجواب بأن قول الرسول ﷺ: «**فمن قضيت له**» عام والعبرة بعموم اللفظ لا بخصوص السبب وهو يدل بعمومه على أن القضاء مهما كان لا يحل الحرام ولا يحرم الحلال لأنه ﷺ في هذه القضية قاضياً

---

(١) رواه البخاري في صحيحه في باب من قضي له بحق أخيه فلا يأخذه فإن قضاء الحاكم لا يحل حراماً ولا يحرم حلالاً، ورواه الجماعة عن نيل الأوطار للشوكاني ٣١٤/٨.

(٢) نيل الأوطار للشوكاني ٢٨٩/٨.

(٣) بدائع الصنائع ١٦/٧.

وأخبر عن قضائه أنه لا يحل حراماً فأولى أن لا يحله قضاء غيره[1].

٣ ـ ثالثاً: أدلة الجمهور بالإجماع:

أجمع السلف على أن حكم الحاكم لا يحل حراماً ولا يحرم حلالاً وقد عقد البخاري باباً بهذا الاسم.

جاء فى فتح الباري شرح صحيح البخاري قال: والقول بأن حكم الحاكم يحل ظاهراً وباطناً مخالف لهذا الحديث الصحيح «حديث أم سلمة» وللإجماع السابق على قائله، ولقاعدة أجمع العلماء عليها ووافقهم القائل المذكور وهو أن الأبضاع أولى بالاحتياط من الأموال. وقال القرطبي: شنعوا على من قال ذلك قديماً وحديثاً لمخالفة الحديث الصحيح ولأن فيه صيانة الأموال وابتذال الفروج وهي أحق أن يحتاط لها وتصان[2].

وجاء في نيل الأوطار قال: وقد حكى الشافعي الإجماع على أن حكم الحاكم لا يحلل الحرام.

قال النووي: والقول بأن حكم الحاكم يحلل ظاهراً وباطناً مخالف لحديث أم سلمة الصحيح وللإجماع المذكور ولقاعدة أجمع عليها العلماء ووافقهم القائل المذكور وهي أن الأبضاع أولى بالاحتياط من الأموال وفي المقام مقاولات ومطاولات ومع وضوح الصواب لا فائدة بالإطناب[3].

٤ ـ رابعاً: أدلة الجمهور بالمعقول:

وأما المعقول، فهو أن شرط صحة الحكم وجود الحجة وإصابة

---

(١) نظرية الدعوى ٢/٢٤٢.
(٢) ١٣/١٧٦.
(٣) نيل الأوطار للشوكاني ٨/٢١٤.

المحل وإذا كان في نفس الأمر شهود زور لم تحصل الحجة لأن حجة الحكم هي البينة العادلة، والزور كبيرة من الكبائر وحقيقة الشهادة إظهار الحق وحقيقة الحكم إنفاذ ذلك، وإذا كان الشهود كذبة لم تكن شهادتهم حقاً ولا مظهرة لحق سابق(١).

٥ ـ خامساً: واستدل الجمهور لمذهبهم بالقياس:

فقالوا: نقيس الحكم في العقود والفسوخ على الحكم في الأملاك المرسلة فإنه لا فرق بينهما إذ كلاهما أحكام فكما أن الثاني لا يحل الحرام في الباطن عندكم فكذلك ينبغي أن يكون الأول مثله.

جاء في الفروق قال بعد قوله في الحديث: «**فمن قضيت له بشيء من حق أخيه فلا يأخذه فإنما أقطع له قطعة من النار**»، وهو عام في جميع الحقوق وقياساً على الأموال بطريق الأولى لأن الأموال أضعف فإذا لم يؤثر فيها فأولى الفروج(٢).

القول الراجح:

إن من يتأمل في أدلة الفريقين وما ورد عليها من نقد ومناقشة يجد أن قول الجمهور يستند إلى أدلة قوية من الكتاب والسنة والإجماع والقياس والمعقول وقد سلمت مما ورد عليها من مناقشة واعتراض ولذا كان قولهم هو الراجح لقوة أدلتهم وضعف أدلة خصمهم. والله أعلم.

وبعد، فإن مثل هذه المسألة لا تبحث في القانون الوضعي وذلك لأن واضع القانون البشر فيقف علمهم عند ما يتصورونه كافياً في الثواب

---

(١) نظرية الدعوى ٢/٢٤٥، وفتح الباري ١٣/١٧٧.
(٢) الفروق للقرافي ٤/٤٢.

والعقاب، أما الأحكام المنزلة فإن واضعها رب البشر فهو يعلم خائنة الأعين وما تخفي الصدور ليرتب عليها الحكم في الآخرة وهذا من أعظم المراقبة على تطبيق قوانين الشريعة حيث هناك شيء يخالج الضمير فإذا ربي على العقيدة صار ضميره يؤنبه ويراقبه عندما يعمل شيئاً يخالف ما رسمه الله سبحانه على لسان رسوله وهذا مفقود في القوانين الوضعية ولذا يحاول الناس خرق القانون عندما يغاب من يراقب تنفيذه.

❋ ❋ ❋

آثار الحكم عند أهل القانون

إن أهم أثر للحكم عند أهل القانون هو فضها الحاسم للمنازعات بحيث لا تجوز إثارة هذا النزاع مرة أخرى لدى القضاء مما يعطي للحكم القضائي قوة خاصة تعرف بحجية الأمر المقضى، وهذه الحجية تتضمن قرينتين قانونيتين.

الأولى: قرينة الحقيقة ومقتضاها أن الحكم يعتبر عنواناً للحقيقة فيما قضى به بحيث لا يجوز إهدار هذه الحقيقة في أي مجال ولدى أية سلطة قانونية في الدولة وهذه الحقيقة نسبية بمعنى أن لا يحتج بها إلا بين الخصوم الذين كانوا طرفاً في الدعوى التي انتهت بالحكم ما لم تقضي طبيعة الأشياء بغير ذلك كما هو الشأن في الأحكام المنشأة حيث أن حجيتها مطلقة.

والثانية: قرينة الصحة ومقتضاها أن الحكم يفترض صدوره بناءً على إجراءات صحيحة وأنه متى صار له مظهر الحكم وكيانه لا يجوز الادعاء ببطلانه بدعوى أصلية(١).

---

(١) أصول المرافعات، د. أحمد مسلم ٦٧٨/١.

وكذلك هذه الآثار تتنوع باختلاف أنواع الحكم.

جاء في مبادىء القضاء المدني قال: تتنوع آثار الأحكام باختلاف أنواعها فالأحكام الموضوعية ترتب حجية الأمر المقضى وتختلف آثارها من آثار الأحكام التنفيذية أو الوقتية أو الولائية كما تختلف آثار حكم الإلزام عن آثار الحكم التقريري أو الحكم المنشىء وتختلف جميعاً عن آثار الأحكام الإجرائية وكذلك تختلف آثار الأحكام القطعية وغير القطعية[1].

وبعد صدور الحكم تبقى مرحلة اقتناع المحكوم عليه فإذا اقتنع صار الحكم واجب التنفيذ وإذا لم يقتنع فهناك نظام الطعن في الأحكام لدى قاضي القضاة في الفقه الإسلامي وهو مراقب سير القضاة ترفع إليه القضية لينظرها، وقد تطرق فقهاؤنا إلى تفصيل في هذا الموضوع ليس من اختصاص بحثنا فقاضي القضاة يراقب أحكام القضاة صحة وفساداً ويقبل اعتراض الخصم.

وقد نظمت القوانين الوضعية المعارضة والاستئناف والنقض بما لا يتسع بحثنا لبحثه ومرحلة التنفيذ هي موضوع رسالة مستقل.

جاء في تبصرة الحكام قال: ينبغي للإمام ولقاضي الجماعة (قاض القضاة) تفقد أحوال القضاة وتصفح أقضيتهم فما وافق الحق أمضاه وما خالفه فسخه[2].

وجاء في القضاء في الإسلام قال: والواقع أن لأنواع الطعون المختلفة كالمعارضة والاستئناف والنقض أسساً في الفقه الإسلامي وقد

---

(١) لوجدي راغب ١/٤٥٧.

(٢) تبصرة الحكام لابن فرحون ١/٦٠.

وقع كثيراً في العصور المختلفة على صور وأشكال متعددة وما جد الآن من تنظيم لطرق الطعن وتحديد مواعيده وإن لم يكن قد عرف للفقهاء من قبل إلا أن قواعد الفقه الإسلامي لا تنافيه بل تتفق معه[1]. والله أعلم.

❑ ❑ ❑ ❑ ❑ ❑

(١) القضاء في الإسلام، د. محمد سلام مدكور ٥٨/١.



خاتمة البحث
في نتائجه ومقترحاته

وبعد أن فرغنا من كتابة بحثنا يجب علينا أن نبين ما وصلنا إليه من وجهات نظر في هذا الموضوع.

أولاً: النتائج:

١ ـ هذا الموضوع ذو أهمية كبرى في علم المرافعات ولذا اهتم الفقه الإسلامي به، وأخص بالذكر الفقه الحنفي الذي كتب عن الدعوى القضائية كتابات جيدة مطولة مفصلة حيث بلغ اهتمامهم أن كتبوا عن الدعوى تحت عنوان كتاب الدعوى.

ومن هذا يفهم أن علم المرافعات ليس جديداً في عالم العصر الحديث ذلك أن أصوله وأسسه موجودة من لدن عصر التشريع.

٢ ـ لا يوجد قانون أو تنظيم إسلامي لعلم المرافعات تكون مبادئه ومصادره التاريخية الشريعة الإسلامية فضلاً عن تطبيقه ولو في بلد إسلامي واحد.

٣ ـ أن ما يطبق في البلاد العربية والإسلامية في هذا الفن هو قانون المرافعات المصري والذي مصدره التاريخي قوانين المرافعات الغربية.

٤ ـ يجب أن نكون مدركين وموضوعيين في فهمنا فلا نخاف أو

نخشى من كلمة قانون فهي كالنظام في المعنى إلا إذا أريد بها تغيير الأحكام الشرعية بغيرها من الأحكام الوضعية فيجب الخوف منها حينئذ.

٥ ـ وبالنسبة للوضع عندنا في المملكة العربية السعودية فلا يوجد نظام متكامل للمرافعات على النحو الموجود في البلاد العربية الإسلامية وما مشروع نظام المرافعات السعودي إلا جزء من قانون المرافعات المصري.

٦ ـ أن مصدر مشروع نظام المرافعات السعودي التاريخي هو قانون المرافعات المصري مع حذف للمواضيع التي لا يوجد لها تنظيم عندنا.

٧ ـ لا يوجد في المملكة العربية السعودية جهاز للنيابة العامة ويقوم ببعض اختصاصها عندنا أناس غير متخصصين فيها ولا هي من عملهم وعلى شكل لا وجود له في دول العالم أجمع.

٨ ـ لا يوجد في المملكة العربية السعودية قانون أو نظام للمحامين يبين ما لهم من حقوق وما عليهم من التزام سواء كان مصدره القانون الوضعي أو الفقه الإسلامي.

٩ ـ لا يوجد في المملكة نظام للنقابات[١] ولا وجود لهذا الجهاز، ولذا يجب دراسة هذا الجهاز دراسة موضوعية وهل ديننا يبيح إنشاء مثل هذا الجهاز أو لا، فإن كان يبيح إنشاءه فأرى وجوب الإسراع في إنشائه.

١٠ ـ أن القضاء في المملكة العربية السعودية موجود على شكل لا وجود له في العالم كله حيث يوجد محاكم أو لجان تقوم بأحكامها وفق الأنظمة المرسومة لها ولا تتعداها إلى غيرها[٢].

---

(١) النقابة هي جماعة ذات تنظيم مستمر تتألف من عدد معين تجمعه وحدة المهنة لغرض غير الحصول على ربح مادي كنقابة العمال والمحامين والمعلمين والأطباء ونحوهم، عن شرح قانون العمل، د. أحمد سلامة ١/١٧.

(٢) وقد سماها مؤلفو كتاب المبادىء العامة للتشريع في المملكة العربية السعودية دراسة مقارنة محاكم القضاء المتخصص في المملكة العربية السعودية ١/١٣٤.

كما توجد المحاكم الشرعية التي تبني أحكامها وفق الشريعة الإسلامية وعلى مذهب الإمام أحمد ابن حنبل في روايته الراجحة كما توجد أجهزة تحاول الإصلاح بين المتخاصمين وتحكم وفق حدود اختصاصها كالحقوق المدنية مثلاً.

ثانياً: الاقتراحات:

١ ـ يجب على المفكرين الإسلاميين والعلماء والحكام أن يأخذوا بيد شعوبهم إلى إحداث نظام إسلامي متكامل وفق أصول الشريعة الإسلامية ومن بينها نظام للمرافعات والمسؤولية في نظري تقع أولاً على المفكرين فالعلماء فالحكام.

٢ ـ يجب عدم التأخر في إنشاء جهاز متكامل للنيابة العامة يكون مصدر تنظيمه الشريعة الإسلامية حيث لا وجود لهذا الجهاز عندنا.

٣ ـ يجب وضع نظام للمحامين يبين ما لهم وما عليهم ولذا يجب الإسراع في إحداث تنظيم لهم لأننا من وجهة نظري مقبلون على نهضة لهم يجب أن ننظر إليها بعين الجد والاعتبار.

٤ ـ يجب القضاء فوراً على التعدد والازدواجية في القضاء عندنا ويتحقق بتوحيد القضاء بأكمله تحت السلطة القضائية وذلك بوضع قانون موحد مستمد من الشريعة الإسلامية ليتم تطبيقه عندنا ويراه العالم قانونياً إسلامياً يقف إلى جانب النظم القانونية العالمية السائدة.

٥ ـ وأخيراً، يجب أن نقرر أن باب الاجتهاد في الشريعة الإسلامية مفتوح إلى قيام الساعة يجب العمل به إلى قيام الساعة لحل مشاكلنا التي وجدت والتي وقفنا أمامها موقف المتفرج واستمدينا أنظمتها وقوانينها من الخارج دون النظر فيها وفق شريعتنا الغراء، وأقول: إن أكثر هذه الأنظمة قد لا يخرج عن مبادىء ومقاصد الشريعة لكن عملنا هذا دليل نقص فينا

لذا كان لا بد من عرضها أمام شريعتنا فما وافقها ولم يخالفها أخذنا به وما خالفها فلنا الحياد عنه.

جاء في إرشاد الفحول قال: إن الاجتهاد قد يسره الله للمتأخرين تيسيراً لم يكن للسابقين لأن التفاسير للكتاب العزيز قد دونت وصارت في الكثرة إلى حد لا يمكن حصره والسنة المطهرة قد دونت وتكلم الأمة على التفسير والتجريح والتصحيح والترجيح بما هو زيادة على ما يحتاج إليه المجتهد وقد كان السلف الصالح من قبل هؤلاء المنكرين «للاجتهاد» يرحل للحديث الواحد من قطر إلى قطر فالاجتهاد على المتأخرين أيسر وأسهل من الاجتهاد على المتقدمين ولا يخالف في هذا من له فهم صحيح وعقل سوي، وإذا أمعنت النظر وجدت هؤلاء المنكرين إنما أتوا من قبل أنفسهم فإنهم لما عكفوا على التقليد واشتغلوا بغير علم الكتاب والسنة حكموا على غيرهم بما وقعوا فيه واستصعبنا ما سهله الله على من رزقه العلم والفهم وأفاض على قلبه أنواع علوم الكتاب والسنة إلى أن قال:

وبالجملة فتطويل البحث في مثل هذا لا يأتي بكثير فائدة فإن أمره أوضح من كل واضح وليس ما يقوله من كان من أسراء التقليد يلازم لمن فتح الله عليه أبواب المعارف ورزقه من العلم ما يخرج به عن تقليد الرجال وما هذه بأول فاقرة جاء بها المقلدون ولا هي بأول مقالة باطلة قالها المقصرون، ومن حصر فضل الله على بعض خلقه وقصر فهم هذه الشريعة المطهرة على من تقدم عصره فقد تجرأ على الله عز وجل ثم على شريعته الموضوعة لكل عباده ثم على عباده الذين تعبدهم الله بالكتاب وبالسنة، ويا لله العجب من مقالات هي جهالات وضلالات فإن هذه المقالة تستلزم رفع التعبد بالكتاب والسنة وأنه لم يبق إلا تقليد الرجال الذين هم متعبدون بالكتاب والسنة كتعبد من جاء بعدهم على حد سواء فإن كان التعبد بالكتاب والسنة مختصاً بمن كانوا في العصور السابقة

ولم يبق لهؤلاء إلا التقليد لمن تقدمهم ولا يتمكنون من معرفة أحكام الله من كتاب الله وسنة رسوله فما الدليل على هذه التفرقة الباطلة والمقالة الزائفة وهل النسخ إلا هذا سبحانك هذا بهتان عظيم[1].

وبعد هذا، فإن مما ييسر تطبيق الأحكام الشرعية هو حسن عرضها وجعلها في مواد قانونية تشبه ما يعمله رجال القانون ليسهل الرجوع إليها، ذلك أن الكتب الفقهية بوضعها الحالي يشق البحث فيها على المتخصصين فيها فكيف بغيرهم وهذا يتحقق بتقنين الفقه الإسلامي. ونقصد بتقنين[2] الأحكام الشرعية ما جاء في كتاب الإسلام وتقنين الأحكام حيث قال: ولئن كان من القوانين ما هو جائر أو ظالم فإن هذا الاحتمال أيضاً قد يوجد في الأنظمة ولئن كان منها ما يخالف أحكام الشريعة فإنه من الممكن جداً وضع قوانين أو أنظمة من أحكام الشريعة أو ما لا يتعارض معها.

أي: من الممكن وضع قوانين شرعية تكون الشريعة مصدرها أو موافقة لها تنظم بها شؤون الجماعة وتسهل بها مهمة القضاء ويلزم القاضي بتطبيقها على الخصومات وما دامت هذه القوانين على هذه الحالة فتلزم طاعتها وتنفيذها تنفيذاً لأمر الله وطاعة لأمر الرسول ﷺ فهي طاعة في المعروف ما دامت لا تتضمن معصية من حل حرام أو تحريم حلال فإن وجد شيء من هذا أمكن إصلاحه بالنقد المشروع والإرشاد والتوجيه الهادف.

---

(١) إرشاد الفحول إلى تحقيق الحق من علم الأصول لمحمد بن علي بن محمد الشوكاني ١/٢٥٤.

(٢) التقنين هو جمع القواعد القانونية التي تحكم المسائل المتعلقة بفرع من فروع القانون في كتاب واحد مبوب ومنظم في شكل مواد مختصرة ومسلسلة كمجموعة قانون المرافعات المدنية والتجارية وغيرها وله مزايا وعيوب وأرى أن مزاياه في هذا الوقت أكثر من عيوبه. عن المبادىء العامة للتشريع في المملكة العربية السعودية ١/١٠٠.

وعلى هذا الأساس فالتقنين الذي ندعو إليه ليس إلا تطبيقاً لأحكام الشريعة لا زائداً عليها، وما دام الأمر كذلك فلا يمكن تصور اعتبار هذا معصية أو بدعة مكروهة فهو أمر بمعروف ومتى قام به ولي الأمر وجبت طاعته بنص القرآن والسنة[1].

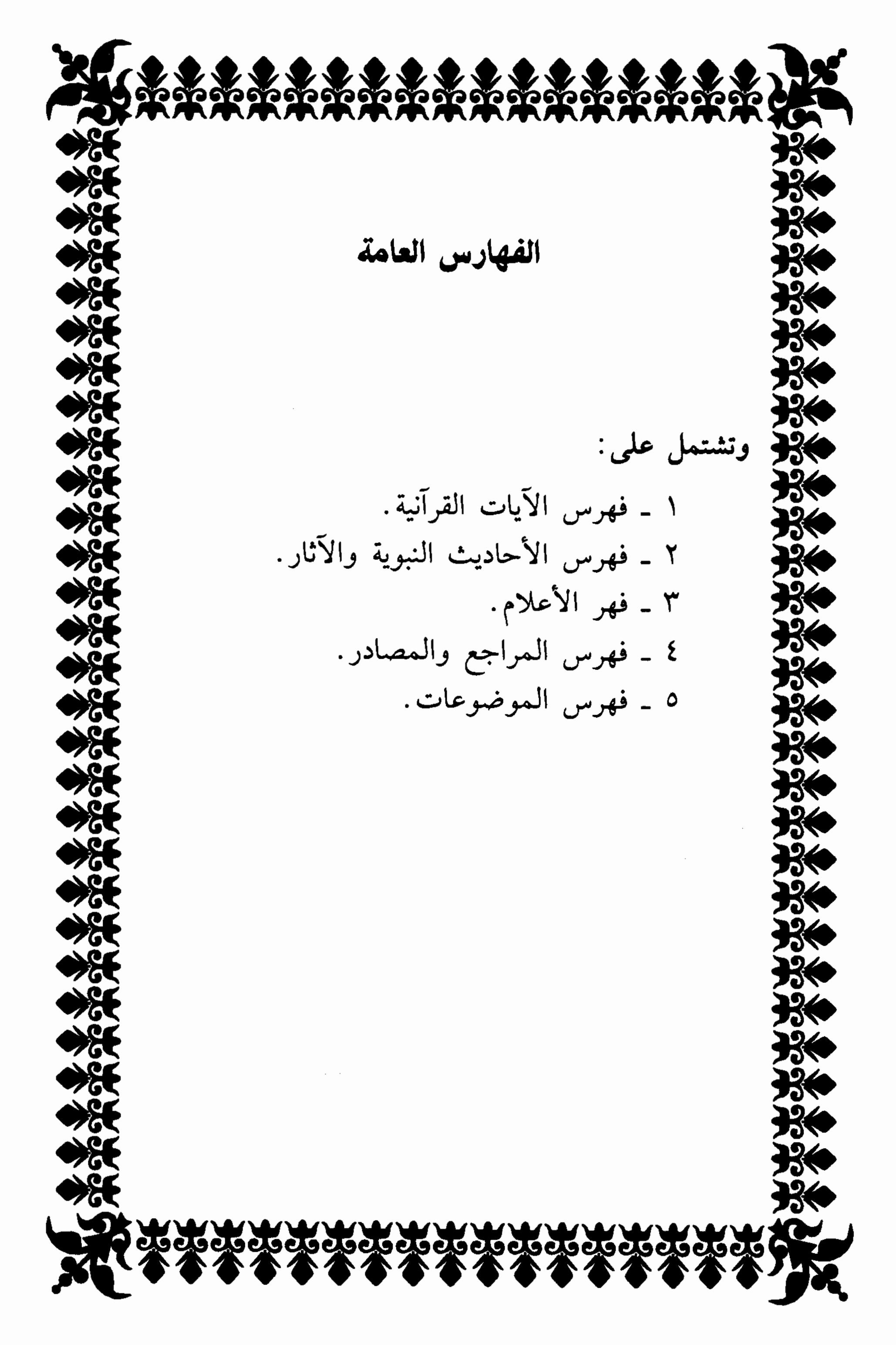
وإذا أخذنا بهذه المبادىء هل يمكن أن تبقى أمامنا مشكلة لا نجد لها حلاً في شريعتنا فبان أن النقص فينا لا في شرعنا، والله أعلم.

وآخر دعوانا أن الحمد لله رب العالمين.

❑ ❑ ❑ ❑ ❑ ❑

---

(١) لعبدالرحمن بن عبدالعزيز القاسم ٥٦/١.



الفهارس العامة

وتشتمل على:

١ ـ فهرس الآيات القرآنية.

٢ ـ فهرس الأحاديث النبوية والآثار.

٣ ـ فهر الأعلام.

٤ ـ فهرس المراجع والمصادر.

٥ ـ فهرس الموضوعات.



فهرس الآيات القرآنية

الآية	الصفحة
وقال تعالى: ﴿وَأَنِ ٱحْكُم بَيْنَهُم بِمَآ أَنزَلَ ٱللَّهُ﴾	٢٩
وقوله تعالى: ﴿ٱلْيَوْمَ أَكْمَلْتُ لَكُمْ دِينَكُمْ وَأَتْمَمْتُ عَلَيْكُمْ نِعْمَتِى وَرَضِيتُ لَكُمُ ٱلْإِسْلَٰمَ دِينًا﴾	٣١
قال تعالى: ﴿وَقِيلَ هَٰذَا ٱلَّذِى كُنتُم بِهِۦ تَدَّعُونَ﴾	٤٨
وقال تعالى: ﴿دَعْوَىٰهُمْ فِيهَا سُبْحَٰنَكَ ٱللَّهُمَّ وَتَحِيَّتُهُمْ فِيهَا سَلَٰمٌ وَءَاخِرُ دَعْوَىٰهُمْ أَنِ ٱلْحَمْدُ لِلَّهِ رَبِّ ٱلْعَٰلَمِينَ ﴿١٠﴾﴾	٤٨
وقوله تعالى: ﴿لَهُمْ فِيهَا فَٰكِهَةٌ وَلَهُم مَّا يَدَّعُونَ ﴿٥٧﴾﴾	٤٨
وقال تعالى: ﴿إِنَّمَا كَانَ قَوْلَ ٱلْمُؤْمِنِينَ إِذَا دُعُوٓا۟ إِلَى ٱللَّهِ وَرَسُولِهِۦ لِيَحْكُمَ بَيْنَهُمْ أَن يَقُولُوا۟ سَمِعْنَا وَأَطَعْنَا ۚ وَأُو۟لَٰٓئِكَ هُمُ ٱلْمُفْلِحُونَ ﴿٥١﴾﴾	٥٨
وقال تعالى: ﴿وَإِذَا دُعُوٓا۟ إِلَى ٱللَّهِ وَرَسُولِهِۦ لِيَحْكُمَ بَيْنَهُمْ إِذَا فَرِيقٌ مِّنْهُم مُّعْرِضُونَ ﴿٤٨﴾﴾	٦١ ـ ١٦١
وقوله تعالى: ﴿فَقَدْ جَآءَ أَشْرَاطُهَا﴾	٧١
وقال تعالى: ﴿۞ وَهَلْ أَتَىٰكَ نَبَؤُا۟ ٱلْخَصْمِ إِذْ تَسَوَّرُوا۟ ٱلْمِحْرَابَ ﴿٢١﴾﴾	٩٥
وقوله تعالى: ﴿إِنَّ ٱلْأَبْرَارَ لَفِى نَعِيمٍ ﴿١٣﴾ وَإِنَّ ٱلْفُجَّارَ لَفِى جَحِيمٍ ﴿١٤﴾﴾	١١٢
وقوله تعالى: ﴿إِنَّ ٱلَّذِينَ يَشْتَرُونَ بِعَهْدِ ٱللَّهِ وَأَيْمَٰنِهِمْ ثَمَنًا قَلِيلًا أُو۟لَٰٓئِكَ لَا خَلَٰقَ لَهُمْ فِى ٱلْءَاخِرَةِ وَلَا يُكَلِّمُهُمُ ٱللَّهُ وَلَا يَنظُرُ إِلَيْهِمْ يَوْمَ ٱلْقِيَٰمَةِ وَلَا يُزَكِّيهِمْ وَلَهُمْ عَذَابٌ أَلِيمٌ ﴿٧٧﴾﴾	١٤٦
وقوله تعالى: ﴿خُذِ ٱلْعَفْوَ وَأْمُرْ بِٱلْعُرْفِ وَأَعْرِضْ عَنِ ٱلْجَٰهِلِينَ ﴿١٩٩﴾﴾	١٥٤
وقال تعالى: ﴿يَٰٓأَيُّهَا ٱلَّذِينَ ءَامَنُوا۟ كُونُوا۟ قَوَّٰمِينَ بِٱلْقِسْطِ شُهَدَآءَ لِلَّهِ وَلَوْ عَلَىٰٓ أَنفُسِكُمْ أَوِ ٱلْوَٰلِدَيْنِ وَٱلْأَقْرَبِينَ ۚ إِن يَكُنْ غَنِيًّا أَوْ فَقِيرًا فَٱللَّهُ أَوْلَىٰ بِهِمَا﴾	١٧٨ ـ ٢٠٤
وقال تعالى: ﴿وَأَقِيمُوا۟ ٱلشَّهَٰدَةَ لِلَّهِ ۚ ذَٰلِكُمْ يُوعَظُ بِهِۦ مَن كَانَ يُؤْمِنُ بِٱللَّهِ وَٱلْيَوْمِ ٱلْءَاخِرِ﴾	١٧٨
وقال تعالى: ﴿وَلْيُمْلِلِ ٱلَّذِى عَلَيْهِ ٱلْحَقُّ﴾	٢٠٤
وقوله تعالى: ﴿بَلِ ٱلْإِنسَٰنُ عَلَىٰ نَفْسِهِۦ بَصِيرَةٌ ﴿١٤﴾﴾	٢٠٦
وقوله تعالى: ﴿وَلِلَّهِ عَلَى ٱلنَّاسِ حِجُّ ٱلْبَيْتِ مَنِ ٱسْتَطَاعَ إِلَيْهِ سَبِيلًا﴾	٢٠٦
وقال تعالى: ﴿وَٱسْتَشْهِدُوا۟ شَهِيدَيْنِ مِن رِّجَالِكُمْ﴾	٢١٠

❑ ❑ ❑ ❑ ❑ ❑



فهرس الأحاديث





فهرس الأعلام

❑ ❑ ❑ ❑ ❑ ❑



فهرس المراجع والمصادر

١ - **القرآن العظيم.**

٢ - كتب التفسير.

٣ - كتب الحديث.

٤ - كتب اللغة.

٥ - كتب أصول الفقه.

٦ - كتب الفقه الحنفي.

٧ - كتب الفقه المالكي.

٨ - كتب الفقه الشافعي.

٩ - كتب الفقه الحنبلي.

١٠ - كتب المذاهب غير الأربعة والشرعية الأخرى.

١١ - كتب القانون.

١٢ - كتب التراجم والأنساب والسير.

١٣ - أنظمة وقوانين سعودية.

أولاً: كتب التفسير.

١٤ - **أضواء البيان في تفسير القرآن**: لمحمد أمين الشنقيطي، مطبعة المدني بالقاهرة ١٣٨٢هـ.

١٥ - **تفسير القرآن العظيم**: أبو الفداء إسماعيل بن كثير القرشي الدمشقي، مطبعة عيسى البابي الحلبي.

١٦ ـ **تفسير القرطبي الجامع لأحكام القرآن**: لمحمد بن أحمد القرطبي، دار الكتاب العربي بالقاهرة طبعة ثالثة.

١٧ ـ **روح المعاني في تفسير القرآن والسبع المثاني**: لمحمد الآلوسي البغدادي، مكتبة الكليات الأزهرية بالقاهرة.

ثانياً: كتب الحديث

١٨ ـ **الجامع الصحيح سنن الترمذي**: لأبي عيسى محمد بن عيسى بن سورة، مطبعة الحلبي.

١٩ ـ **بلوغ المرام من أدلة الأحكام**: للحافظ ابن حجر العسقلاني، المطبعة التجارية بمصر.

٢٠ ـ **الجامع الصغير للسيوطي**: طبعة دار الكتب العربية بمصر.

٢١ ـ **جواهر الأخبار والآثار المستخرجة من لجة البحر الزخار**: لمحمد بن يحيى، بهران الصعدي، وهو هامش على البحر الزخار.

٢٢ ـ **سبل السلام شرح بلوغ المرام من أدلة الأحكام**: لمحمد إسماعيل الصغاني، مطبعة دار إحياء التراث العربي ببيروت.

٢٣ ـ **سنن أبي داود**: سليمان بن الأشعث السجستاني الأزدي، مطبعة السعادة بمصر.

٢٤ ـ **سنن ابن ماجه**: عبدالله بن محمد بن يزيد القزويني، مطبعة دار إحياء الكتب العربية بمصر.

٢٥ ـ **السنن الكبرى**: لأحمد بن الحسين البيهقي، مطبعة مجلس دائرة المعارف بالهند.

٢٦ ـ **صحيح البخاري**: لمحمد بن إسماعيل بن إبراهيم البخاري، مطبعة الحلبي بمصر.

٢٧ ـ **صحيح مسلم**: أبو الحسين مسلم بن الحجاج القشيري النيسابوري، مطبعة دار إحياء الكتب العربية بالقاهرة.

٢٨ ـ **فتح الباري شرح صحيح البخاري**: لأحمد بن حجر العسقلاني، المطبعة السلفية بالمدينة.

٢٩ ـ **المنتقى من أخبار المصطفى**: لابن تيمية، مطبعة دار الفكر بيروت.

٣٠ ـ **الموطأ للإمام مالك**: مطبعة دار الشعب، بمصر.

٣١ ـ **نصب الراية في تخريج أحاديث الهداية**: للزيلعي، المكتبة الإسلامية.

٣٢ ـ **نيل الأوطار**: لمحمد بن علي الشوكاني، مطبعة الحلبي بالقاهرة.

ثالثاً: كتب اللغة

٣٣ ـ **تاج العروس شرح القاموس**: لمحمد مرتضى الزبيدي، المطبعة الخيرية بمصر.

٣٤ ـ **القاموس المحيط**: لمجد الدين محمد بن يعقوب الفيروزآبادي، المطبعة الحسينية المصرية.

٣٥ ـ **لسان العرب**: لمحمد بن بكر بن منظور المقري، المطبعة الأميرية بمصر الطبعة الأولى.

رابعاً: كتب أصول الفقه

٣٦ ـ **أدلة التشريع المتعارضة ووجوه الترجيح بينها**: د. بدران أبو العينين بدران، مؤسسه شباب الجامعة.

٣٧ ـ **الإحكام في أصول الأحكام**: لعلي بن أبي علي بن محمد الآمدي، مطبعة مؤسسة الحلبي وشركاه للنشر والتوزيع بالقاهرة.

٣٨ ـ **إرشاد الفحول**: لمحمد بن علي بن محمد الشوكاني، مطبعة مصطفى البابي الحلبي وأولاده بمصر الطبعة الأولى.

٣٩ ـ **روضة الناظر وجنة المناظر**: لابن قدامة المقدسي الحنبلي، المطبعة السلفية بمصر.

٤٠ ـ **الموافقات في أصول الشريعة**: لإبراهيم بن موسى اللخمي المشهور بالشاطبي، المطبعة السلفية بمصر.

خامساً: كتب الفقه الحنفي

٤١ ـ **الاختيار لتعليل المختار**: لعبدالله بن محمد الموصلي الحنفي، المطبعة التعاونية.

٤٢ ـ **الأشباه والنظائر**: لزين العابدين بن إبراهيم بن نجيم، المطبعة الحسينية بمصر.

٤٣ ـ **البحر الرائق شرح كنز الدقائق**: لعبدالله بن أحمد النسفي، لزين العابدين إبراهيم بن نجيم، المطبعة العلمية.

٤٤ ـ **بدائع الصنائع في ترتيب الشرائع**: لعلاء الدين أبو بكر ابن مسعود بن أحمد الكاساني، مطبعة دار الكتاب العربي بيروت.

٤٥ ـ **تبيين الحقائق شرح كنز الدقائق**: لفخر الدين عثمان بن علي الزيلعي، المطبعة الأميرية.

٤٦ ـ **تكملة فتح القدير على شرح الهداية**: لشمس الدين أحمد أفندي المعروف بقاضي زاده، المكتبة التجارية بمصر.

٤٧ ـ **حاشية الدرر على الغرر**: لأبي سعيد، مطبعة دار السعادة.

٤٨ ـ **جامع الفصولين**: لمحمود بن إسرائيل الشهير بابن قاضي سماوة، المطبعة الأزهرية.

٤٩ ـ **الدر المنتقى في شرح الملتقى**: لعلاء الدين الحصكفي، دار الطباعة العامرة.

٥٠ ـ **درر الحكام في شرح غرر الأحكام**: لمحمد بن فراموز، المطبعة العامرة.

٥١ ـ **رد المحتار على الدر المختار**: للحصكفي التمرتاشي، مطبعة مصطفى الحلبي بمصر.

٥٢ ـ **شرح تنوير الأبصار المعروف بحاشية ابن عابدين**: لمحمد أمين عابدين بن عمر بن عابدين.

٥٣ ـ **شرح فتح القدير**: لكمال الدين محمد عبدالواحد المعروف بابن الهمام، المطبعة الأميرية بمصر الطبعة الأولى.

٥٤ ـ **العناية على الهداية**: لمحمد بن محمود البابركي، المطبعة التجارية.
٥٥ ـ **الفتاوى العاكرية المعروفة بالفتاوى الهندية**: تأليف جماعة من علماء الهند كان رئيسهم العلامة الشيخ نظام، دار المعرفة للطباعة بيروت.
٥٦ ـ **لسان الحكام في معرفة الأحكام**: لإبراهيم بن محمد بن محمد المعروف بابن الشحنة الحلبي، مطبعة جريدة البرهان بمصر.
٥٧ ـ **المبسوط**: لمحمد بن أحمد شمس الأئمة السرخسي، مطبعة السعادة بمصر.
٥٨ ـ **معين الحكام فيما يتردد بين الخصمين من الأحكام**: لعلي بن خليل الطرابلسي، المطبعة الأميرية.
٥٩ ـ **مجلة الأحكام العدلية، تقنين على المذهب الحنفي**: الطبعة الخامسة.
٦٠ ـ **الهداية شرح بداية المبتدي**: لعلي بن أبي بكر الفرغاني المرغيناني، مطبعة مصطفى الحلبي.

سادساً: كتب الفقه المالكي

٦١ ـ **أسهل المدارك شرح إرشاد المسالك في فقه الإمام مالك**: لأبي بكر ابن الحسن الكشناوي، مطبعة عيسى الحلبي.
٦٢ ـ **أقرب المسالك على مذهب الإمام مالك**: لأحمد الدردير، مطبعة دار المعارف بمصر.
٦٣ ـ **بداية المجتهد ونهاية المقتصد**: لمحمد بن أحمد بن محمد بن رشد، مطبعة مصطفى البابي الحلبي وأولاده بمصر.
٦٤ ـ **تبصرة الحكام في أصول الأقضية ومناهج الأحكام**: لإبراهيم بن علي بن فرحون المدني، مطبعة مصطفى الحلبي بالقاهرة، مطبوع على هامش فتح العلي المالكي لمحمد بن أحمد عليش.
٦٥ ـ **حاشية الدسوقي على الشرح الكبير**: للدردير، لمحمد بن عرفه الدسوقي، مطبعة عيسى الحلبي بمصر.

٦٦ - **الشرح الكبير على مختصر خليل**: لأحمد الدردير، مطبعة عيسى الحلبي.

٦٧ - **الفروق (أنوار البروق في أنوار الفروق)**: لأحمد بن إدريس القرافي، مطبعة دار المعرفة بيروت لبنان.

٦٨ - **الفواكه الدواني على رسالة ابن أبي زيد القيرواني**: لأحمد بن غنيم المالكي الأزهري، مطبعة الحلبي بمصر الطبعة الثالثة.

٦٩ - **القوانين الفقهية (قوانين الأحكام الشرعية)**: لمحمد بن أحمد بن محمد بن جزي الكلبي، مطبعة النهضة بتونس.

٧٠ - **المدونة الكبرى**: للإمام مالك رواية سحنون، مطبعة السعادة بمصر.

٧١ - **مواهب الجليل شرح مختصر خليل**: لمحمد بن محمد المعروف بالحطاب، مكتبة النجاح بليبيا.

٧٢ - **الموطأ**: للإمام مالك، رواية يحيى بن يحيى الليثي، دار النفائس بيروت.

سابعاً: كتب الفقه الشافعي

٧٣ - **أدب القضاء (الدرر المنظومات في الأقضية والحكومات)**: لإبراهيم بن عبدالله بن عبدالمنعم المعروف بابن أبي الدم الحموي الشافعي، مطبعة زيد بن ثابت بدمشق.

٧٤ - **أدب القاضي**: لأبي الحسن الماوردي الشافعي، رئاسة ديوان الأوقاف بالعراق، إحياء التراث الإسلامي.

٧٥ - **الأحكام السلطانية**: لأبي الحسن الماوردي، مطبعة مصطفى البابي الحلبي بمصر.

٧٦ - **الأم**: للشافعي، مكتبة الكليات الأزهرية الطبعة الأولى.

٧٧ - **إسناد المطالب شرح روض الطالب**: لزكريا الأنصاري الشافعي، المطبعة الميمنية بمصر.

٧٨ ـ **حاشية الشرقاوي على شرح التحرير**: للأنصاري لعبدالله بن حجازي المعروف بالشرقاوي، المطبعة الأزهرية الطبعة الأولى.

٧٩ ـ **حواشي العلامتين على تحفة المحتاج**: لعبدالحميد الشرواني وأحمد بن القاسم العبادي، مطبعة دار صادر بيروت.

٨٠ ـ **روضة الطالبين**: لأبي زكريا النووي، المكتب الإسلامي للطباعة والنشر.

٨١ ـ **قواعد الأحكام في مصالح الأنام**: لعبدالعزيز بن عبدالسلام السلمي، دار الشرق للطباعة القاهرة.

٨٢ ـ **مغني المحتاج إلى معرفة ألفاظ المنهاج**: لشمس الدين محمد أحمد الشربيني القاهرة، مطبعة الحلبي.

٨٣ ـ **المهذب في فقه الإمام الشافعي**: لأبي إسحاق إبراهيم الشيرازي، مطبعة مصطفى الحلبي بمصر.

٨٤ ـ **نهاية المحتاج إلى شرح المنهاج**: لشمس الدين محمد أحمد الرملي، مطبعة مصطفى البابي الحلبي وأولاده.

ثامناً: كتب الفقه الحنبلي

٨٥ ـ **الأحكام السلطانية**: لأبي يعلى محمد بن الحسن الفراء، مطبعة مصطفى البابي الحلبي الطبعة الثانية.

٨٦ ـ **أعلام الموقعين عن رب العالمين**: لشمس الدين أبي عبدالله محمد بن أبي بكر المعروف بابن القيم الجوزية، دار الجيل بيروت.

٨٧ ـ **الروض المربع**: لمنصور البهوتي، مطابع الرياض.

٨٨ ـ **الإنصاف في معرفة الراجح من الخلاف**: لعلاء الدين أبي الحسن علي بن سليمان المرداوي، مطبعة السنة المحمدية.

٨٩ ـ **شرح منتهى الإرادات**: لمنصور البهوتي، مطبعة أنصار السنة المحمدية.

٩٠ ـ **الطرق الحكمية في السياسة الشرعية**: لابن قيم الجوزية، مطبعة السنة المحمدية بمصر.

٩١ ـ **القواعد في الفقه الإسلامي**: لأبي الفرج عبدالرحمن بن أحمد بن حسن بن رجب، مطبعة الكليات الأزهرية.

٩٢ ـ **كشاف القناع عن متن الإقناع**: لمنصور بن يونس بن إدريس البهوتي، المطبعة العامرة الشرقية.

٩٣ ـ **المغني**: لأبي محمد عبدالله بن أحمد بن قدامة، مكتبة الرياض الحديثة.

٩٤ ـ **المغني والشرح الكبير**: لعبدالله بن قدامة وعبدالرحمن بن قدامة، دار الكتاب العربي.

تاسعاً: كتب المذاهب غير الأربعة والشرعية الأخرى

٩٥ ـ **المحلى**: لأبي محمد بن أحمد بن حزم الأندلسي، مكتبة الجمهورية العربية.

٩٦ ـ **البحر الزخار الجامع لمذاهب علماء الأمصار**: لأحمد بن يحيى المرتضى، مؤسسة الرسالة بيروت.

٩٧ ـ **الروض النضير شرح مجموع الفقه الكبير**: لأبي الحسن السياغي، مكتبة المؤيد بالطائف.

٩٨ ـ **شرائع الإسلام في الفقه الجعفري الإمامي**: لنجم الدين جعفر بن الحسن الملقب بالمحقق الحلي، مطابع دار الحياة بيروت.

٩٩ ـ **فقه الإمام جعفر الصادق**: لمحمد جواد مغنية، دار العلم للملايين بيروت.

١٠٠ ـ **الأصول القضائية في المرافعات الشرعية**: للشيخ علي القراعة. مطبعة الرغائب بدار المؤيد بالقاهرة.

١٠١ ـ **الحيازة في الفقه الإسلامي**: د. محمد عبدالجواد محمد، مطبعة جامعة القاهرة والكتاب الجامعي.

١٠٢ ـ **تاريخ القضاء في الإسلام**: لمحمود بن محمد بن عرنوس، المطبعة المصرية الأهلية الحديثة بالقاهرة.

١٠٣ ـ **تاريخ القضاء في الإسلام:** د. أحمد بن عبدالمنعم البهي، مطبعة لجنة البيان العربي بالقاهرة.

١٠٤ ـ **التطور التشريعي في المملكة العربية السعودية:** د. محمد بن عبدالجواد محمد، مطبعة جامعة القاهرة.

١٠٥ ـ **القضاء في الإسلام:** د. محمد سلام مدكور، نشر دار النهضة العربية.

١٠٦ ـ **القضاء في الإسلام:** د. عطية مصطفى مشرفة، مطبعة شركة الشرق الأوسط الطبعة الثانية.

١٠٧ ـ **المدخل الفقهي العام:** مصطفى الزرقاء، مطبعة الإنشاء بدمشق.

١٠٨ ـ **مصادر الحق في الفقه الإسلامي:** عبدالرزاق السنهوري، الطبعة الأولى.

١٠٩ ـ **موجز في المرافعات الشرعية:** أحمد إبراهيم، مطبعة الفتوح الأدبية.

١١٠ ـ **أصول المرافعات الشرعية بالمقارنة بتنظيمات الدول العربية والإسلامية وأصول المرافعات المدنية والإثبات:** لأنور العمروسي، الطبعة الثالثة.

١١١ ـ **الدعوى في الفقه الإسلامي:** د. عبدالعظيم شرف الدين، طباعة المعهد العالي للقضاء.

١١٢ ـ **طرق الإثبات في الفقه الإسلامي:** د. أحمد الحصري، طباعة المعهد العالي للقضاء.

١١٣ ـ **نظرية الدعوى بين الشريعة الإسلامية وقانون المرافعات المدنية والتجارية:** د. محمد نعيم عبدالسلام ياسين، منشورات وزارة الأوقاف والشؤون والمقدسات الإسلامية بالأردن.

١١٤ ـ **درر الحكام شرح مجلة الأحكام:** لعلي حيدر، مكتبة النهضة بيروت.

١١٥ ـ **فلسفة التشريع الإسلامي:** صبحي المحمصاني، دار العلم للملايين.

١١٦ ـ **الإسلام وتقنين الأحكام في البلاد السعودية:** د. عبدالرحمن بن عبدالعزيز بن قاسم، مطبعة المدني الطبعة الأولى.

١١٧ ـ **النظام القضائي الإسلامي مقارناً بالنظم القضائية الوضعية وتطبيقه في المملكة العربية السعودية**: د. عبدالرحمن بن عبدالعزيز بن قاسم، الطبعة الأولى.

١١٨ ـ **الوجيز في الدعوى والإثبات**: د. شوكت عليان، الطبعة الأولى.

١١٩ ـ **نظام الحسبة في الإسلام**: لعبدالعزيز بن مرشد، طباعة جامعة الإمام محمد بن سعود الإسلامية.

عاشراً: كتب القانون

١٢٠ ـ **أصول المرافعات والإجراءات والأحكام في المواد المدنية والتجارية**: د. أحمد مسلم، دار الفكر العربي.

١٢١ ـ **إثبات الملكية بالحيازة**: د. عبدالناصر توفيق العطار، مطبعة السعادة.

١٢٢ ـ **شرح قانون المرافعات المدنية والتجارية**: ضياء شيت خطاب، مطبعة العاني ببغداد.

١٢٣ ـ **قواعد المرافعات في التشريع المصري والمقارن**: د. محمد العشماوي ود. عبدالوهاب العشماوي، مكتبة الآداب ومطبعتها المطبعة النموذجية.

١٢٤ ـ **المبادىء العامة للتشريع في المملكة العربية السعودية دراسة مقارنة**: لمجموعة من الدكاترة، مكتبة عين شمس.

١٢٥ ـ **الوجيز في المبادىء العامة للدعوى**: د. عبدالعزيز خليل ديوي، دار الفكر العربي.

١٢٦ ـ **النظرية العامة للتنفيذ القضائي في قانون المرافعات المدنية والتجارية**: د. وجدي راغب، دار الفكر العربي.

١٢٧ ـ **قوانين المرافعات المدنية والتجارية**: أشرف على وضع المجموعة القانونية: مصطفى كامل منيب، دار الفكر العربي.

١٢٨ ـ **قانون الإثبات في المواد المدنية والتجارية:** محمد عبداللطيف، الطبعة الأولى.

١٢٩ ـ **دور النيابة العامة في قانون المرافعات:** د. نجيب بكير، مكتبة عين شمس الطبعة الأولى.

١٣٠ ـ **تاريخ القانون:** زهدي يكن، الطبعة الثانية عن دار النهضة العربية بيروت.

١٣١ ـ **أصول المحاكمات في القضايا المدنية والتجارية:** د. إدوارد عيد، مطبعة النجوى بيروت.

١٣٢ ـ **الأوضاع التشريعية في الدول العربية ماضيها وحاضرها:** صبحي محمصاني، دار العلم للملايين بيروت.

١٣٣ ـ **السلطات الثلاث في الدساتير العربية المعاصرة وفي الفكر السياسي الإسلامي تكوينها واختصاصها:** د. سليمان الطماوي معهد الدراسات العربية العالية.

١٣٤ ـ **الوسيط في شرح الصيغ القانونية للدعاوى والأوراق القضائية:** حسن البغال، الطبعة الأولى.

١٣٥ ـ **المدخل إلى النظام القضائي في الولايات المتحدة:** لآلان فارنسو يرث، ترجمة د. محمد لبيب شنب، مكتبة القاهرة الحديثة.

١٣٦ ـ **المرافعات المدنية والتجارية:** د. عبدالحميد أبو هيف، مطبعة المعارف.

١٣٧ ـ **المرافعات المدنية والتجارية:** د. أحمد أبو الوفاء، مطبعة دار المعارف.

١٣٨ ـ **نظرية الأحكام في قانون المرافعات:** د. أحمد أبو الوفاء، دار المعارف.

١٣٩ ـ **نظرية الدفوع:** د. أحمد أبو الوفاء، طبعة رابعة.

١٤٠ ـ **مجموعة المبادىء القانونية التي قررتها الجمعية العمومية للقسم الاستشاري للفتوي والتشريع بمجلس الدولة في خمسة عشر عاماً:** أحمد سمير أبو شادي، دار الفكر العربي.

١٤١ ـ **تنازع القوانين:** د. هشام علي صادق، الناشر: منشأة المعارف الطبعة الثانية.

١٤٢ ـ **مجلة التشريع والقضاء:** مدير المجلة علاء الدين الشيني، دار النشر للجامعات المصرية.

١٤٣ ـ **الوجيز في أصول المحاكمات:** د. رزق الله أنطاكي، مطبعة الجامعة السورية.

١٤٤ ـ **الوسيط في شرح القانون المدني:** د. عبدالرزاق أحمد السنهوري، الطبعة الأولى.

١٤٥ ـ **الوسيط في شرح قانون المرافعات المدنية والتجارية:** د. رمزي سيف. المطبعة العالمية.

١٤٦ ـ **التنظيم القضائي في المملكة العربية السعودية:** د. سليمان السليم، مطبوعات معهد الإدارة العامة.

الحادي عشر: كتب التراجم والأنساب والسير

١٤٧ ـ **الاستيعاب في معرفة الأصحاب:** ليوسف بن عبدالبر النمري المالكي، المكتبة التجارية بمصر.

١٤٨ ـ **أسد الغابة في معرفة الصحابة:** لابن الأثير، جمعية المعارف بمصر.

١٤٩ ـ **الإصابة في تمييز الصحابة:** لأحمد بن حجر العسقلاني، المكتبة التجارية بمصر.

١٥٠ ـ **الإعلام:** لخير الدين بن محمود الزركلي الدمشقي، الطبعة الثانية.

١٥١ ـ **البداية والنهاية:** لابن كثير، مكتبة النصر بالرياض.

١٥٢ ـ **تاريخ الطبري ـ تاريخ الرسل والملوك:** لأبي جعفر محمد بن جرير الطبري، المطبعة الحسينية بمصر.

١٥٣ ـ **حلية الأولياء وطبقات الأصفياء:** لأحمد بن عبدالله الأصبهاني، مطبعة السعادة بمصر.

١٥٤ ـ **الطبقات السنية في تراجم الحنفية:** لتقي الدين بن عبدالقادر التميمي الداري، مطابع الأهرام بالقاهرة.

١٥٥ ـ **طبقات الحنابلة**: للقاضي أبي الحسين محمد بن أبي يعلي، مطبعة السنة المحمدية.

١٥٦ ـ **طبقات الشافعية**: لعبدالوهاب بن عبدالكافي السبكي، مطبعة الحلبي بمصر.

١٥٧ ـ **طبقات الفقهاء**: لإبراهيم الفيروزآبادي، طبع بغداد.

١٥٨ ـ **وفيات الأعيان وأنباء أبناء الزمان**: لأحمد بن محمد بن خلكان، مطبعة السعادة بمصر.

١٥٩ ـ **هدية العارفين (أسماء المؤلفين وآثار المصنفين)**: لإسماعيل باشا البغدادي، طبع طهران.

الثاني عشر: الأنظمة والقوانين السعودية

١٦٠ ـ **مشروع نظام المرافعات السعودي**: إعداد وزارة العدل، طباعة الأمانة العامة لمجلس الوزراء.

١٦١ ـ **تنظيم الأعمال الإدارية في الدوائر الشرعية**: مطابع الحكومة بالرياض الطبعة الخامسة.

١٦٢ ـ **نظام تركيز مسؤوليات القضاء الشرعي**: مطابع الحكومة بالرياض الطبعة الرابعة.

١٦٣ ـ **نظام القضاء في المملكة العربية السعودية**: مطابع الحكومة بالرياض الطبعة الأولى.





فهرس الموضوعات

الموضوع	الصفحة

الموضوع	الصفحة
التقسيم في القانون الوضعي	١٣٧
الفصل الرابع الحيازة والتقادم	١٤٠
المبحث الأول تعريف الحيازة وأقوال الفقهاء فيها	١٤٠
مصدر الشيء المحوز والموضوعة عليه اليد	١٤١
أدلة الفقهاء وأقوالهم باعتبار الحيازة ووضع اليد	١٤٥
الوضع في المملكة العربية السعودية والتي اتخذت من الرواية الراجحة في مذهب أحمد مذهباً لها	١٥١
المبحث الثاني أقسام الحيازة في الفقه الإسلامي من حيث القوة والضعف	١٥٥
بِمَ تكون الحيازة عند المالكية	١٥٧
الباب الثاني في الآثار المترتبة على رفع الدعوى	١٥٩
الفصل الأول	١٦١
المبحث الأول حضور الخصوم وغيابهم	١٦١
دعوة المدعي لخصمه المثول أمام القاضي	١٦١
دعوة القاضي للخصم ووجوب إجابة دعوته	١٦٢
دعوة القاضي للخصم في أنظمة المرافعات الحديثة	١٦٤
محاكمة الغائب	١٦٩
أقوال العلماء في محاكمة الغائب	١٧٢
القضاء على الغائب في قوانين المرافعات الحديثة	١٨١
الوضع في المملكة العربية السعودية	١٨٦
المبحث الثاني نظر القاضي للدعوى	١٩٠
قانون المرافعات وعلنية المحاكمة	١٩٣
الفصل الثاني جواب الدعوى	١٩٦
المبحث الأول أوجه الجواب المختلفة	١٩٦
«الدفع في القوانين الوضعية»	٢٠٠
المقارنة بين الفقه والقانون	٢٠٣
طرق الإثبات في القوانين الوضعية	٢١٦

الموضوع	الصفحة

□ □ □ □ □ □

